



BOSTON
PUBLIC
LIBRARY





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Collezione di testi e di studi

Storiografia

WITHDRAWN

No longer part of the

Boston Public Library.

Sale of this material benefits the Library

Guido Fassò

Storia della filosofia
del diritto

Volume III : Ottocento e Novecento

Società editrice il Mulino Bologna

K
.32
v. 3

GL
ITAL
cont.

Avvertenza

Avvertenza

Come nel I e nel II volume, le indicazioni bibliografiche, sia relative ai testi, sia riguardanti la letteratura critica, sono raccolte nell'appendice *Notizie bibliografiche*, con riferimento ai singoli capitoli.

Quando le opere citate sono divise in titoli, sezioni, capitoli o paragrafi in modo tale che in base a questi i passi a cui è fatto riferimento possano essere agevolmente ritrovati in qualsiasi edizione o traduzione, i richiami sono relativi a tali divisioni e suddivisioni. Quando queste non esistono, o sono troppo ampie per consentire di trovare facilmente il passo citato, è indicata la pagina del volume nell'edizione indicata in nota; i dati delle raccolte di opere, quando non siano riportati nella nota, vanno ricercati nell'appendice bibliografica. Non si sono compiuti richiami alle traduzioni italiane per la non costante attendibilità di esse, che consiglia di ricorrere in ogni caso al testo originale.

Non era possibile questa volta distribuire la materia nei vari capitoli, come era stato fatto nei due precedenti volumi, secondo il criterio esclusivamente cronologico, trattandosi di autori molti dei quali contemporanei fra loro, e di cui nessuno, con l'eccezione dello Hegel, forniva argomento per un capitolo intero. La divisione in capitoli è stata compiuta perciò con criteri diversi, tenendo come fondamentale quello cronologico, ma ricorrendo, secondo i casi, anche a quello dell'indirizzo dottrinale, della situazione storico-politica, della nazionalità.

Storia della filosofia del diritto

Parte III: Ottocento e Novecento

Le teorie della codificazione

1. Filosofia e diritto all'inizio del secolo XIX.

Avevamo concluso il precedente volume rilevando che con la codificazione napoleonica da un lato, e con la dottrina di Emanuele Kant dall'altro, si chiudeva un periodo della storia della filosofia del diritto dai caratteri assai precisi, quello dominato dal giusnaturalismo razionalistico; e che il pensiero filosofico-giuridico successivo avrebbe avuto per prevalente oggetto altri argomenti.

In effetti già fin dal principio dell'Ottocento la concreta realtà del diritto, e la scienza di esso, propongono alla filosofia nuovi problemi, o portano ad impostare quelli tradizionali in modo nuovo. Da un lato, il trionfo del giusnaturalismo sul terreno politico e legislativo conduce a pensare che il diritto naturale sia stato ormai realizzato concretamente, e che quindi il problema di esso, e dei suoi rapporti con il diritto positivo, non abbia più ragione d'esistere: il diritto non sembra più porre alla filosofia altri problemi che non siano quello del metodo della scienza del diritto positivamente vigente, unica forma di diritto pensabile. D'altra parte, dall'illuminismo inglese, empiristico e utilitaristico, ha origine una nuova impostazione del positivismo giuridico, caratterizzata dal formalismo; e con essa verranno più tardi a confluire gli sviluppi appunto formalistici della stessa reazione romantica all'illuminismo, reazione che al giusnaturalismo, anche se per tutt'altri motivi, già di per sé, fin dal suo inizio, si opponeva recisamente.

Parallelamente, dalla « rivoluzione copernicana » del

Kant, per la quale al centro della realtà è posto il soggetto pensante, si sviluppa l'idealismo tedesco del primo Ottocento, che, svolgendo fino all'estremo le premesse kantiane, risolve tutto l'essere nel pensiero. Il problema della filosofia diviene così quello del processo dialettico di quest'ultimo: e nel quadro di tale processo sarà veduto anche il diritto.

Come sempre nella storia della filosofia giuridica, ci troveremo dunque davanti a dottrine eterogenee, che ai problemi filosofici del diritto giungono per vie diverse e con diversi interessi; e, assai più che per i secoli precedenti, sarà difficile coordinarne logicamente — ed anche cronologicamente, giacché si tratterà spesso di scrittori contemporanei fra loro — l'esposizione. Diremo prima di coloro che diedero vita od aprirono la via al positivismo giuridico per le tre diverse strade dell'esegesi del diritto codificato in Francia, dell'utilitarismo e della « *jurisprudence* analitica » in Inghilterra, e dello storicismo giuridico in Germania; parleremo poi della filosofia postkantiana fino allo Hegel, naturalmente limitandoci a considerare gli aspetti di ogni dottrina riguardanti il diritto, che in alcune di esse, come quelle del Fichte e dello Schelling, sono secondari, e soltanto marginalmente connessi con la metafisica a cui è dovuta la loro fama. Di altri pensatori dei primi decenni del secolo XIX si dirà per forza di cose in capitoli successivi, in cui dovranno essere raggruppati con criteri diversi da quello cronologico scrittori in qualche modo vicini fra loro.

2. Il problema della legislazione alla fine del Settecento.

Come abbiamo veduto nel precedente volume, una delle conseguenze che, negli ultimi decenni del Settecento, venivano tratte dalle premesse giusnaturalistiche, e cioè dall'affermazione di un diritto razionale universalmente ed assolutamente valido, era stata la necessità di adeguare a tale modello perfetto i tutt'altro che perfetti ordinamenti

giuridici vigenti storicamente; e quest'esigenza logica si incontrava con l'esigenza pratica di porre rimedio alla confusione ed all'incertezza delle norme giuridiche provocata in quasi tutti i paesi d'Europa dalla degenerazione del « diritto comune »¹ e dalla sopravvivenza di usi non più compatibili con la situazione economica e sociale dell'epoca.

Le tesi giusnaturalistiche si prestavano inoltre a giustificare quella politica, tipica degli Stati moderni, che tendeva all'affermazione della loro sovranità assoluta mediante l'eliminazione di tutti gli enti intermedi tra Stato e cittadino che in qualche modo limitassero il potere del primo: e ciò col togliere validità alle norme che da tali enti promanavano, attribuendo obbligatorietà giuridica soltanto alla *legge*, cioè al comando posto dallo Stato. Era la tendenza di cui per primo, e nella forma più rigorosa, si era fatto interprete dottrinale lo Hobbes, la cui critica al Coke a favore del diritto legislativo si inseriva perfettamente nella sua teoria dello Stato assoluto. I sovrani assoluti « illuminati » si valgono della dottrina giusnaturalistica per affermare come esigenza della ragione e strumento quindi della felicità dei popoli la riduzione dell'irrazionale diritto del loro tempo a legge: in quanto solo la legge può essere opera della ragione, o meglio di una volontà razionale. Di qui il favore dei despoti illuminati — tipico Federico II di Prussia — per la codificazione, cioè appunto per la riduzione di tutto il diritto a legge, che elimini ogni altra forma di diritto — consuetudini, precedenti giudiziari, opinioni di giureconsulti, statuti di città o di corporazioni —, e la loro tendenza alla proibizione di qualsiasi interpretazione che non sia interpretazione autentica, ossia compiuta dallo stesso legislatore: che era ciò che vedemmo auspicato da molti scrittori settecenteschi, soprattutto in Francia e in Italia.

Motivi dottrinali, motivi tecnici e motivi politici avevano dunque agito simultaneamente nel porre quello che

¹ V. vol. II, pp. 367-368.

fu il grande problema giuridico-politico del Settecento, il problema della legislazione. In tutta Europa si sentiva la necessità di un coordinamento, di una stabilizzazione e di una razionalizzazione delle norme giuridiche che eliminasse anche nel campo del diritto le oscurità e le contraddizioni retaggio di tempi non illuminati, e che conducesse all'instaurazione di un ordine che, spazzati via istituti e norme creati dalle fortuite vicende della storia, regno dell'irrazionale, attuasse una volta per tutte i dettami universali ed eterni della ragione, traducendoli in norme positive e certe.

3. *L'esigenza della razionalizzazione del diritto.*

Quella determinazione e stabilizzazione del diritto che il movimento intellettuale illuministico aveva tanto insistentemente richiesto fu compiuta, tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento, dalle codificazioni; ma se queste furono senza dubbio per molta parte promosse dalle dottrine giusnaturalistiche dell'illuminismo, sarebbe erroneo attribuirle esclusivamente all'opera di esse. Certo le teorie giusnaturalistiche stanno sempre sullo sfondo di ogni azione riformatrice nel campo della legislazione, e ne costituiscono il modello e il criterio; ma nell'attuazione delle riforme legislative che ebbero luogo negli ultimi anni del secolo XVIII e nei primi del XIX furono prevalenti i motivi tecnico-giuridici e politici, e il procedimento che i riformatori effettivamente seguirono non fu affatto la traduzione pura e semplice di quello che essi consideravano diritto naturale in norme positive, in leggi; anche se ci si compiacque spesso di considerare queste la trascrizione dei dettami della ragione naturale.

L'impulso effettivo e diretto alle riforme legislative provenne dalla crisi del diritto comune. Già di per sé la legislazione giustiniana che di questo costituiva il nucleo fondamentale non poteva adattarsi ad una società così lontana nel tempo da quella a cui essa era stata destinata;

ma al diritto giustiniano si erano per di più sovrapposte nel corso di sei secoli — da quando cioè i glossatori avevano cominciato ad adattarlo alle necessità dei loro tempi — opinioni di giureconsulti e sentenze di tribunali a cui era attribuita validità come fonti di diritto; ad esso si erano affiancati il diritto canonico, il diritto feudale, il « diritto proprio » dei singoli Stati ormai da tempo sovrani, consuetudini locali, statuti di città e di corporazioni; e vi derogavano privilegi ed autonomie, complicandolo ancor di più. L'oscurità e l'incertezza erano grandissime, e così pure la possibilità di arbitrii, di cavilli, di contraddizioni: proprio per questo, come già dicemmo nel precedente volume, nel Settecento si era accentuata l'esigenza, avvertita anche nei secoli precedenti, di una nuova codificazione.

La confusione, l'incertezza, la contraddittorietà del diritto comune avevano poi suscitato presso molti l'idea di una rielaborazione dottrinale di esso, che gli conferisse sistematicità e ne coordinasse razionalmente le norme: rielaborazione che appariva necessaria nei riguardi dello stesso *Corpus iuris*, già di per sé, agli occhi degli studiosi, scarsamente sistematico e costruito irrazionalmente, tanto da destare l'aspirazione ad una codificazione più razionale fino dal Cinquecento.

Costantemente accettato come il diritto per eccellenza, come *ratio scripta*, il diritto romano non avrebbe dovuto mancare, secondo il giudizio degli studiosi dell'età moderna, di quella perfezione razionale il cui ideale era presente ad essi sotto la specie del diritto naturale: il diritto assolutamente *vero*, dedotto dalla ragione, secondo la convinzione dell'epoca, con lo stesso rigore con cui ne vengono dedotte le verità matematiche. Di qui la tendenza, che si riscontra frequentemente tra il Sei ed il Settecento, a trasfigurare il diritto romano in diritto naturale, conferendogli quell'intrinseca logicità e quella razionale sistematicità che si scorgevano in quest'ultimo; sicché, accanto al processo di cui si è detto prima, volto a rendere positivo il diritto

naturale, se ne ha uno inverso che tende a rendere «naturale», cioè assoluto, il diritto positivo, che è il diritto romano vigente come diritto comune.

Una prima manifestazione di questa tendenza l'abbiamo incontrata già nel Cinquecento presso il Bodin²; altre, nel secolo successivo, presso il Domat³ e presso il Leibniz⁴: diritto positivo e diritto naturale si venivano incontro nella mente dei giuristi moderni, intesi a costruire un sistema di diritto che realizzasse positivamente l'ideale della razionalità.

Non dunque alla sola influenza delle teorie giusnaturalistiche e delle ideologie illuministiche, ma anche all'incontro, nella dottrina giuridica, fra diritto naturale e diritto comune positivo, ed agli interessi politici degli Stati assoluti, si deve il movimento che condusse alla codificazione. Questa, del resto, finì col non essere affatto una riforma rivoluzionaria compiuta in nome di nuovi ideali, né la traduzione pura e semplice di princípi filosofici in norme giuridiche positive. Per gran parte i codici furono compilazioni e «consolidazioni» di norme preesistenti, romane o consuetudinarie, che il legislatore integrò, coordinò e dichiarò stabili («consolidò», come appunto si disse): certo non senza innovare alla luce delle teorie giusnaturalistiche, ma di queste soddisfacendo più che altro le esigenze che la realtà storica stessa imponeva sul piano tecnico-giuridico, in primo luogo quella della stabilità e della certezza del diritto.

4. *La codificazione prussiana.*

La necessità di un accertamento del diritto che ponesse termine agli inconvenienti causati dalla crisi del diritto comune aveva condotto già lungo il corso del Settecento alla redazione di progetti di codici; ma le riforme legisla-

² V. vol. II, p. 71.

³ V. vol. II, p. 162.

⁴ V. vol. II, p. 237.

tive proposte in vari Stati non andarono più in là di alcune consolidazioni del diritto comune. Il primo codice vero e proprio fu quello che entrò in vigore nel 1794 nel regno di Prussia dopo una lunga vicenda che aveva avuto inizio nel 1738 con l'incarico dato dal re Federico Guglielmo I a Samuele Cocceio⁵ di elaborare un sistema di diritto territoriale (*Landrecht*) che, conformemente alle dominanti idee giusnaturalistiche, avrebbe dovuto avere il carattere della stabilità e della perennità.

Samuele Cocceio, che nei suoi *Elementa iustitiae naturalis et romanae* del 1740 sostenne l'identità tra diritto naturale e diritto romano, più che delle tendenze propriamente giusnaturalistiche partecipava di quella, di cui si è detto, a conferire razionalità al diritto vigente, cioè al diritto romano che anche in Germania era stato recepito fin dal secolo XV come diritto comune; e, avuto confermato l'incarico di preparare un corpo di leggi dal nuovo re Federico II — illuminista, ma, come vedremo fra poco, tutt'altro che privo di realismo — concepì un codice in cui l'ideale della razionalità non faceva affatto passare in seconda linea l'esigenza tecnico-politica di consolidare il diritto vigente: tanto che il progetto di esso (*Project des Corporis Juris Fridericiani*), edito parzialmente nel 1751 ma non entrato in vigore, si dichiarava nel frontespizio progetto «fondato sulla ragione e sulla struttura costituzionale del Paese, nel quale il re ha disposto il diritto romano in un ordine naturale».

Federico II era spinto a promuovere una codificazione sia dall'essere sovrano assoluto, e perciò interessato a ridurre tutto il diritto a legge dello Stato, sia dall'essere illuminista, e partecipe quindi dell'ideale — coincidente in questo caso con gli interessi dell'assolutismo — dell'unificazione e della stabilizzazione del diritto su fondamenti razionali. Il re prussiano tuttavia, da uomo politico quale anzitutto egli era, pur condividendo le idee dell'illumini-

⁵ V. vol. II, p. 189.

smo, non se ne nascondeva l'utopisticità; ed in uno scritto sulla legislazione, *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (1752), aveva celebrato sí come « capolavoro dello spirito umano » « un corpo di leggi perfette » avente « un'unità di disegno, e regole così esatte e proporzionate che uno Stato retto da queste leggi somiglierebbe a un orologio »⁶; ma, rendendosi conto che « le cose perfette non appartengono all'umanità »⁷, non si era illuso di poterlo realizzare.

Nella sua opera legislativa infatti Federico II si fece guidare da criteri assai realistici: fallito il tentativo di Samuele Cocceio, egli affidò il compito di preparare un codice al cancelliere Giovanni Enrico Casimiro von Carmer, che si servì di numerosi esperti, nel cui lungo e complesso lavoro il diritto naturale fu tenuto sí come modello, ma senza la pretesa di tradurne le norme in norme positive. A fondamento del codice fu preso il diritto vigente, sia quello giustiniano, sia quello costituito dagli usi e dagli statuti locali: tanto che in esso di spirito giusnaturalistico rimase così poco, che non vi fu riconosciuta neppure l'uguaglianza dei cittadini, e fu sancita invece la divisione della società in tre « stati » (*Stände*), i contadini, la borghesia e la nobiltà. Ad uno di questi « stati » ogni cittadino necessariamente apparteneva o per nascita o per l'attività da lui svolta, e diversa era la sua condizione giuridica secondo l'appartenenza all'uno od all'altro di essi.

Ciò che dell'ideologia legislativa illuministica il codice prussiano accolse fu il suo principio meno giusnaturalistico, quello che anzi racchiudeva in sé il più attivo germe del positivismo giuridico: il principio cioè che il codice dovesse essere completo, in modo che all'interprete fosse lasciata la minima libertà possibile. In uno dei progetti era stato addirittura stabilito l'obbligo per il giudice, nel

⁶ Federico II, *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (p. 33 dell'ediz. di Venezia, 1768).

⁷ Ivi (p. 34).

caso di silenzio o di oscurità della legge, di ricorrere alla Commissione legislativa: e questo per affermare il principio che nessuno potesse *creare* diritto tranne il legislatore, neppure mediante l'interpretazione della legge, che veniva riservata anch'essa agli organi legislativi dello Stato. Il testo definitivo del codice non giunse a questo estremo, ma stabilì ugualmente che il giudice dovesse attenersi strettamente alla parola della legge⁸, e che, nel silenzio di questa, dovesse decidere secondo i principi generali del codice stesso e secondo le norme di esso regolanti casi analoghi a quello in questione⁹.

Tale disposizione, pur attenuando il rigore della norma del progetto, soddisfaceva ugualmente una delle istanze dell'illuminismo in questa materia, quella del vincolo assoluto del giudice alla legge. Essa intendeva realizzare il principio della completezza dell'ordinamento giuridico positivo, stabilendo che nell'ambito di questo è sempre possibile, e perciò necessario, ritrovare la norma che regoli qualunque caso, anche non previsto dal legislatore: ciò che costituisce uno degli elementi fondamentali del positivismo giuridico, per il quale appunto non può darsi altra fonte di diritto al di fuori del comando degli organi legislativi dello Stato. Con lo stesso intento il legislatore prussiano cercò di prevedere la maggior quantità di casi, creando una legislazione amplissima e minutissima, formulata in un numero enorme di articoli, la cui precisa conoscenza era praticamente impossibile; e con questo finì col porre in risalto la contraddittorietà e l'astrattezza dell'ideologia legislativa illuministica, la quale da un lato avrebbe voluto poche leggi chiare, che tutti fossero in grado di conoscere, e dall'altro pretendeva che fosse il legislatore a regolare tutta la vita giuridica.

⁸ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Einleitung*, § 46.

⁹ Ivi, § 49. Il ricorso alla commissione legislativa era ancora disposto, con effetti limitati, dai §§ 47 e 48, ma fu soppresso del tutto dal § 2 dell'Appendice del 1803.

5. La codificazione francese.

La riforma legislativa di quest'epoca che ebbe la maggiore importanza storica fu la codificazione compiuta in Francia: non solo perché essa fu di modello alla legislazione di molti altri paesi, ma perché determinò una svolta fondamentale anche negli studi di scienza e di filosofia giuridica, promuovendone nuovi indirizzi e suscitandovi nuovi problemi.

In Francia il problema di un'unificazione e di una determinazione del diritto si presentava alla fine del Settecento ancor più grave ed urgente che nel resto d'Europa, perché da secoli il paese era retto da due diversi sistemi giuridici: nella parte meridionale vigeva il « diritto scritto » (*droit écrit*), che era il diritto giustiniano, soltanto parzialmente alterato da norme consuetudinarie o statutarie locali; nel nord si aveva invece il cosiddetto *droit coutumier*, costituito da consuetudini risalenti all'epoca franca e carolingia, e, come tutto il diritto d'origine germanica, fondato su principi totalmente diversi da quelli del diritto romano.

Fin da quando si era venuto formando in Francia lo Stato assoluto, questo si era sforzato di ridurre il diritto a una certa unità, ed « ordinanze » di Luigi XIV e di Luigi XV avevano cercato di mettere ordine in particolari materie. Abbiamo poi già veduto come, nel campo dottrinale, nel Seicento il Domat si fosse proposto una sistemazione razionale del diritto romano col fine di fornirgli il carattere di diritto valido universalmente. Del pari nel diritto romano aveva cercato più recentemente la razionalità e l'universalità dei principi giuridici Roberto Giuseppe Pothier (1699-1772) nelle sue *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* (1748), intraprendendo poi un lavoro di sistemazione del diritto civile francese ispirato al criterio dell'equità naturale: anch'egli con lo scopo di far coincidere l'istanza giusnaturalistica con quella dell'unificazione del diritto vigente. Il Pothier gettò così le basi

teoriche di una riforma legislativa che fosse dettata dalla ragione sí, ma da una ragione che non rifiutasse quanto era stato prodotto dalla storia.

In effetti, dopo le prime fiammate di giusnaturalismo illuministico, tendente invece a far piazza pulita di tutti gli istituti creati dalla storia per sostituirli con quelli dettati dalla ragione, il criterio che prevalse fu, come in Prussia, quello di razionalizzare, alla luce del diritto naturale, il diritto vigente: tanto che buona parte dell'opera del Pothier fu recepita dal codice Napoleone. Ciò non toglie tuttavia che lo spirito dell'illuminismo e del giusnaturalismo sia presente nel codice (soprattutto per l'ispirazione nettamente individualistica di esso), e che la spinta innovatrice delle idee illuministiche sia stata decisiva nell'avviare l'opera di riforma legislativa che da Napoleone fu poi realizzata.

Già fin dai loro primi atti le assemblee rivoluzionarie si proposero la redazione di un « codice generale di leggi semplici e chiare »¹⁰, e nella Costituzione del 1791 fu espressamente stabilito il principio del codice unico per tutto il regno¹¹; i progetti di codice che precedettero il testo definitivo presentarono tutti, del resto, una più o meno marcata impronta illuministica e giusnaturalistica.

I primi tre di tali progetti, opera di Gian Giacomo Régis de Cambacérès, rivelano tuttavia il progressivo attenuarsi dell'influsso del giusnaturalismo: dominante nel primo (1793) e nel secondo (1794), esso appare infatti assai attenuato nel terzo, che è del 1796, quando alla Convenzione era già succeduto il Direttorio. L'ultimo progetto, redatto da una commissione di quattro membri fra i quali la figura più eminente è quella di Giovanni Stefano Maria Portalis (1746-1807), giusnaturalista ma avverso al razionalismo radicale che distruggeva la tradizione, e per questo aspetto lontano ormai dall'illuminismo, mostra una

¹⁰ Legge sull'ordinamento giudiziario del 16-24 agosto 1790, tit. II, art. 19.

¹¹ Costituzione del 3 settembre 1791, tit. II, 3.

volontà riformatrice ancor più moderata. In gran parte per opera del Portalis, il progetto di codice accolse infatti largamente il vecchio diritto, cercando di conciliare quello romano e quello germanico, con richiami ai principi giusnaturalistici che restano piuttosto generici.

Dopo che su tale progetto fu espresso il parere dei più alti organi giudiziari, e dopo la discussione al Consiglio di Stato, a cui prese parte lo stesso Napoleone, ed in seguito alla quale vi furono apportate numerose modifiche (alcune delle quali assai rilevanti per il nostro argomento e di cui perciò ora diremo), fu redatto un testo definitivo, che entrò in vigore nel marzo 1804 con la denominazione di *Code civil*, presto sostituita nell'uso da quella di *Code Napoléon*. Nel 1807 fu promulgato il codice di procedura civile, nel 1808 quelli di commercio e di procedura penale, nel 1810 quello penale.

6. *Il principio della completezza dell'ordinamento giuridico positivo.*

Delle istanze illuministiche che tanto avevano contribuito ad avviare il processo di codificazione, quella di un rinnovamento del diritto in base ai giusnaturalistici lumi della ragione non venne soddisfatta dal codice Napoleone che in piccola parte; dell'ideologia giusnaturalistica settecentesca ciò che maggiormente vi penetrò fu l'ispirazione individualistica, con la sanzione positiva di quelli che il giusnaturalismo aveva proclamato diritti innati dell'uomo, e che come tali erano sentiti in quel tempo: in particolare la libertà e la proprietà, intesa quest'ultima (art. 544) come « il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta »; del pari all'ideale individualistico si ispirano il diritto di famiglia, soprattutto con l'ammissione del divorzio, e il diritto del lavoro, con l'affermazione della piena libertà contrattuale fra datori di lavoro e lavoratori. Ma il principio illuministico che, accolto quasi incidentalmente, esercitò un'efficacia storica grandissima sia

nel campo pratico sia in quello teorico, non toccò il contenuto normativo del codice, bensì la sua struttura formale; e fu quello della limitazione dei poteri dei giudici, che condusse alla formulazione della tesi della completezza dell'ordinamento giuridico.

A tale limitazione condusse anzitutto la preoccupazione della certezza del diritto; ma vi concorsero anche motivi d'ordine politico, come quello della distinzione assoluta fra potere giudiziario e potere legislativo, anche se la giustificazione teorica del divieto fatto al giudice di giudicare in base a norme che non fossero le leggi dello Stato era che le leggi realizzavano interamente il diritto naturale, cioè i dettami della ragione.

Per verità il Portalis, consapevole dell'impossibilità di « prevedere tutto »¹², non aveva ritenuto di dover impedire al giudice il ricorso a norme diverse da quelle del codice. « Le leggi positive », egli aveva detto nel celebre *Discorso preliminare* al progetto, « non potrebbero mai sostituire interamente l'uso della ragione naturale »¹³; « una quantità di cose sono dunque necessariamente abbandonate all'impero della consuetudine, alla discussione degli uomini dotti, alla discrezionalità (*arbitrage*) dei giudici »¹⁴. Salvo che in materia penale, « in mancanza di un testo preciso » la legge poteva essere sostituita, secondo il Portalis, dagli usi, dai precedenti giudiziari, dalla dottrina accettata, e dal diritto naturale¹⁵; nel caso di silenzio, di contraddizione o di oscurità della legge egli riteneva che si dovesse applicare l'equità, « ritorno alla legge naturale »¹⁶.

Ed in effetti, nell'art. 11 del titolo V del *Libro preli-*

¹² *Discours préliminaire du Premier Projet de Code civil présenté en l'an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville* (in A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Parigi, 1836, I, p. 467).

¹³ Ivi (p. 469).

¹⁴ Ivi (pp. 469-470).

¹⁵ Ivi (p. 471).

¹⁶ Ivi (p. 474).

minare del progetto di codice questo principio, espresso quasi con le stesse parole, era pienamente accolto: anche per porre termine all'uso, frequente nel periodo rivoluzionario, del cosiddetto *référé législatif*, cioè del rinvio al legislatore dei casi dubbi per lacuna od oscurità della legge, secondo la rigorosa applicazione del principio illuministico secondo il quale i giudici non dovevano interpretare le leggi.

Senonché il testo definitivo, sia per salvaguardare il principio della divisione dei poteri, sia per riservare allo Stato (che già allora si avviava a divenire Stato autoritario) il potere di creare diritto, sancì il principio opposto. L'art. 1 del titolo I del *Libro preliminare* del progetto, in cui si dichiarava che « esiste un diritto universale e immutabile, fonte di tutte le leggi positive » il quale « non è che la ragione naturale in quanto essa governa tutti gli uomini »¹⁷, venne soppresso; e, coerentemente, venne soppresso il ricordato art. 11 del titolo V, secondo il quale nelle materie civili il giudice, in mancanza di leggi precise, doveva farsi « un ministro di equità » in quanto l'equità « è il ritorno alla legge naturale e agli usi accolti »¹⁸: principio che anche ad alcuni degli organi giudiziari interpellati era apparso « concedere troppa latitudine all'arbitrio del giudice »¹⁹.

Avvenne così che l'art. 12 del titolo V del progetto²⁰, sopravvissuto invece nel testo definitivo del codice come art. 4 del *Titolo preliminare*, che vietava al giudice di rifiutare di giudicare nel caso di silenzio, oscurità o insufficienza della legge (e che era stato concepito, soprattutto dal Portalis, come mezzo per conservare al giudice una sia pur limitata sfera di discrezionalità, non obbligandolo a ricorrere sempre, come avevano preteso i primi riforma-

¹⁷ Fenet, *Recueil cit.*, II, p. 3.

¹⁸ *Ivi*, p. 7.

¹⁹ Si veda ad es. il parere del Tribunale d'Appello di Rouen circa il discorso del Portalis, *ivi*, V, pp. 455-456.

²⁰ *Ivi*, II, p. 8.

tori rivoluzionari, all'intervento del legislatore), non essendo più dato in tali casi di richiamarsi all'equità, al diritto naturale o agli usi, poté essere inteso come comando fatto al giudice di trovare nella legge, e soltanto in essa, la norma per decidere qualsiasi controversia. Si giunse a stabilire così (per opera della « scuola dell'esegesi » di cui si dirà fra poco) il principio che l'ordinamento giuridico positivo è *completo* e non ha « lacune », o, come anche si suol dire, che si autointegra: benché, differentemente da quello prussiano, il codice Napoleone non contenesse una norma esplicita in questo senso.

Fu per questa via che l'esigenza fondamentale dell'illuminismo nel campo giuridico — per soddisfare la quale era stata intrapresa la codificazione —, quella della certezza del diritto, nata inizialmente dal giusnaturalismo che voleva una legislazione chiara e precisa riprodotte il diritto naturale razionale, condusse invece al positivismo giuridico. Al di fuori della legge positiva non si riconobbe più alcun principio giuridico valido, e non si considerò più come diritto se non quello posto dal legislatore. Il presupposto storico di questo processo era stato che il legislatore non avrebbe dovuto che tradurre in legge i precetti della ragione, e che la legge positiva non sarebbe stata se non la dichiarazione pubblica e l'assicurazione coattiva del diritto naturale; la sua conclusione fu che come fonte del diritto fu intesa la volontà del legislatore, e che il diritto naturale, per qualche tempo celebrato ancora come l'essenza stessa del codice, fu presto dimenticato, e poi rifiutato ed irriso. Il millenario conflitto tra razionalismo e volontarismo terminava, nell'apparente accoglimento delle istanze del primo, con la totale vittoria del secondo.

7. La Scuola dell'esegesi.

Il principio della completezza dell'ordinamento giuridico positivo e la conseguente riduzione di tutto il diritto alla legge, e perciò alla volontà dello Stato, furono teorizzati dalla « scuola dell'esegesi » (*école de l'exégèse*), fiorita in Francia per tutto il secolo XIX, ma il cui massimo sviluppo si ebbe tra il 1830 e il 1880. Essa intese lo studio del diritto esclusivamente come stretto commento del codice, articolo per articolo, secondo l'ordine della materia seguito dal legislatore. Il codice, interpretato letteralmente, avrebbe fornito la risposta a qualsiasi problema di contenuto; e, quanto alla sistemazione dei concetti giuridici, essa si trovava già attuata nella struttura logica del codice stesso.

Un simile atteggiamento sembrerebbe non interessare la filosofia del diritto se non negativamente, in quanto cioè esclude ogni considerazione anche embrionalmente filosofica dei problemi giuridici; ma questa stessa posizione negativa presenta in realtà interesse per noi per le cause che ne sono all'origine, per le conseguenze che comporta, e, soprattutto, perché, involontariamente, essa stessa costituisce una teoria filosofica del diritto: quella versione laica dell'antico volontarismo teologico che riduce il diritto alla volontà, anziché di una divinità, dello Stato, e che così facendo libera quest'ultimo da quei limiti al suo potere che il giusnaturalismo del Sei e del Settecento aveva creduto di poter dedurre da ciò che aveva considerato diritto naturale.

Condizione e causa della nascita della scuola dell'esegesi è il fatto della codificazione, che pone davanti al giurista un corpo organico di norme sistemate con un ordine logico. Ciò induce lo studioso del diritto a non spingere la propria indagine al di là di questa che appare già di per sé una costruzione razionale tale da rendere superflua ogni ulteriore elaborazione e sistemazione di concetti; e, sul piano pratico, gli facilita la soluzione dei problemi

giuridici. Si aggiunga il motivo ideologico della conformità del codice ai due miti della certezza del diritto e della divisione dei poteri; e, soprattutto, la pressione politica esercitata dallo Stato, che vede nella riduzione di tutto il diritto a legge lo strumento migliore per rafforzare la propria autorità. Nelle « Scuole Centrali » di diritto dell'impero si fece in modo che fossero soppressi gli insegnamenti di diritto naturale e persino di teoria del diritto, che potevano fornire occasione di discussione e di critica dell'ordinamento imperiale, e si cercò di fare insegnare invece soltanto il codice Napoleone. Ogni tendenza filosofica fu soffocata come pericolosa per l'autorità dello Stato²¹; ed a sintetizzare lo spirito della dottrina del diritto del tempo si usa citare l'affermazione che sarebbe stata compiuta durante le sue lezioni da uno degli esponenti — anche se non dei maggiori — della scuola dell'esegesi, Giovanni Giuseppe Bugnet (1794-1866): « io non conosco il diritto civile, io insegno il codice Napoleone »²².

Anche se enunciato meno brutalmente, il metodo è lo stesso presso tutti i rappresentanti della scuola: dai suoi fondatori, Carlo Bonaventura Maria Toullier (1752-1835), Giambattista Vittorio Proudhon (1758-1838), Claudio Stefano Delvincourt (1762-1831), Alessandro Duranton (1783-1866), ai suoi esponenti maggiori, Carlo Aubry (1803-1883) e Federico Carlo Rau (1803-1877), che scrissero insieme il *Cours de droit civil français*, Raimondo Teodoro Troplong (1795-1869), Giovanni Carlo Fiorenzo Demolombe (1804-1887), Vittorio Napoleone Marcadé (1810-1854), e il belga Francesco Laurent (1810-1887), autori tutti di opere di vasta mole — talvolta di oltre trenta volumi — i cui stessi titoli dichiarano che il loro contenuto è una pura esposizione del codice Napoleone.

²¹ Notizie particolari su questo aspetto della scuola dell'esegesi si vedano in J. Bonnetcase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Parigi, 1924², pp. 18-22.

²² Anche per tale notizia v. Bonnetcase, *op. cit.*, pp. 29-30.

Il metodo di questi giuristi esclude ovviamente ogni riferimento a un diritto — naturale, consuetudinario, giurisprudenziale, dottrinale — che non sia quello posto dallo Stato, ed assume come esclusivo canone di interpretazione della legge la ricerca dell'intenzione, ossia della volontà, del legislatore. Da ciò risulta una concezione del diritto assolutamente statica, legata all'autorità della legge intesa come dato oggettivo: all'esigenza della certezza del diritto viene sacrificata quella dell'adeguamento di esso all'evoluzione della società, fino a rinnovare quel medesimo atteggiamento antistorico che aveva viziato il giusnaturalismo settecentesco.

È singolare d'altra parte che giuristi così rigorosamente positivisti e statualisti riconoscano quasi tutti un principio metafisico del diritto: principio concepito come divino da quelli cattolici, i quali dichiarano che tutte le leggi vengono da Dio²³, e come razionale da quelli che conservano le convinzioni illuministiche. Gli stessi Aubry e Rau, il primo dei quali aveva dettato come regola dei civilisti « tutta la legge tanto nel suo spirito quanto nella sua lettera, ... ma nient'altro che la legge »²⁴, tengono a dichiarare che non è che essi non riconoscano « l'esistenza di certi principi assoluti e immutabili, anteriori e superiori a ogni legge positiva » (principi che essi non esitano a specificare, comprendendo fra essi, ad esempio, la proprietà), ma che, soltanto, sembra loro impossibile determinare *a priori* le regole atte a sviluppare tali principi²⁵.

I giuristi della scuola dell'esegesi hanno cura insomma di non negare il diritto naturale; e ciò è da attribuire senza dubbio ad una certa confusione d'idee ed a scarsa profondità filosofica, ma si può ricondurre anche alla convin-

²³ Così ad es. Gabriele La Broûe de Vareilles-Sommières, *Les principes fondamentaux du droit*, Parigi, 1889, pp. 18-19. V. altri esempi in Bonnecase, *op. cit.*, p. 159, nota.

²⁴ Aubry, Rapporto alla riapertura dell'università di Strasburgo nel 1857, in Bonnecase, *op. cit.*, p. 134.

²⁵ Aubry-Rau, *Cours de droit civil français*, I, p. 3, nota.

zione, propria di tutti gli adoratori della codificazione, che questa, come scrisse un filosofo del diritto italiano della seconda metà del secolo, Matteo Pescatore, fosse « il trionfo della ragione giuridica naturale »²⁶ e ne stabilisse « negli ordini civili il predominio sicuro »²⁷.

8. *La codificazione e il positivismo giuridico.*

La codificazione aveva costituito infatti l'involontario ponte fra giusnaturalismo e positivismo giuridico. Le conseguenze ne furono, come abbiamo visto, schiettamente positivistiche: riduzione di tutto il diritto alla legge dello Stato, e affermazione della completezza dell'ordinamento giuridico positivo; ma tali conseguenze furono dovute a motivi politici e tecnici, non filosofici: la filosofia della codificazione era stata il giusnaturalismo.

In realtà il fatto della codificazione e la teoria dell'esclusiva statualità del diritto che ne discese appaiono intimamente contraddittori: essi presentano infatti contemporaneamente un aspetto razionalistico (il codice attua i dettami della ragione, e il motivo di validità delle sue norme è la loro razionalità) ed un aspetto volontaristico (le norme del codice sono valide unicamente perché sono comprese in esso, cioè sono dettate dalla volontà del legislatore, indipendentemente da qualsiasi giudizio sulla loro conformità alla ragione). Certo è che a lungo andare l'elemento giusnaturalistico-razionalistico verrà dimenticato, e i giuristi, nella loro grandissima maggioranza, riteranno che motivo sufficiente e necessario della validità della norma — ossia della sua giuridicità — sia la posizione di essa da parte del legislatore; ma a ciò si arriverà gradatamente, con un processo che ha il suo inizio nella convinzione che la volontà del legislatore sia razionale: o, come nel caso della codificazione prussiana, perché il

²⁶ Pescatore, *La logica del diritto*, Torino, 1863, p. XI.

²⁷ Ivi, p. 231.

legislatore è « illuminato », o, come nel caso assai piú importante della codificazione francese e di quelle che questa presero per modello, perché negli Stati democratici si ebbe per tacito presupposto che quanto era voluto dal popolo o dai suoi rappresentanti possedeva intrinsecamente valore di razionalità.

L'attribuzione della razionalità al legislatore comportò insomma la medesima attribuzione al prodotto della sua volontà. Così il valore assoluto che in una concezione giusnaturalistica può essere attribuito al diritto (naturale, s'intende) per la sua conformità alla ragione finì con l'essere trasferito al diritto empiricamente posto dalla volontà dello Stato, e questo divenne il solo, il vero diritto.

Gli utilitaristi inglesi

1. Il diritto inglese e l'illuminismo.

La stessa aspirazione ad un accertamento e ad una stabilizzazione del diritto che sul continente europeo, e in particolare in Francia, era stata nutrita dagli illuministi e soddisfatta infine dalla codificazione si manifestò sul finire del Settecento anche in Inghilterra; ma in un ambito assai limitato, e senza conseguenze fuori del campo dottrinale.

Come spesso abbiamo avuto occasione di ricordare, il diritto inglese presentava caratteri profondamente diversi da quelli del diritto continentale. L'esigenza della certezza del diritto, che sul continente era determinata soprattutto dall'aspirazione a porre limiti precisi all'arbitrio dei re assoluti e dei giudici dipendenti da essi (e per soddisfare la quale si voleva perciò limitare al massimo il potere discrezionale degli organi giudiziari), non era ugualmente sentita in Inghilterra, dove il diritto fatto dai giudici, la *common law*, aveva costituito sempre proprio esso l'argine al dispotismo regio, e dove per motivi storici di cui a suo tempo facemmo cenno¹ si era propensi semmai a vedere come strumento del potere dei governanti il diritto in forma di legge.

Questo modo di intendere il diritto, facente parte, si può ben dire, della personalità nazionale dell'Inghilterra, era (come è in parte tuttora) talmente radicato nella coscienza giuridico-politica inglese da rendere pressoché in-

¹ V. il cap. VIII del vol. II.

comprensibile una critica ad esso: tanto più che in Inghilterra non si avvertiva generalmente quell'esigenza pratica di semplificazione dell'amministrazione della giustizia che sul continente fu la più efficace alleata delle teorie illuministiche nel far valere l'opportunità della codificazione.

D'altra parte non mancavano in Inghilterra correnti di pensiero illuministiche; ed anche l'illuminismo inglese aveva tra i suoi principi quello della razionalizzazione del diritto, pur se su presupposti empiristici e con fini perciò utilitari, anziché in ossequio ad un razionalismo astratto come per lo più accadeva sul continente. Abbiamo già accennato nel volume II² al carattere essenzialmente illuministico del pensiero del Bentham, che dicemmo iniziatore del positivismo giuridico moderno, e della cui dottrina proprio per questo rinviammo allora l'esposizione; e già in quell'occasione rilevammo che egli fu aspro critico del Blackstone, l'entusiastico celebratore della *common law* e della tradizione giuridica inglese. Appunto del Bentham e della sua critica alla *common law* è necessario parlare ora, nel continuare lo studio delle origini del positivismo giuridico.

2. Bentham. Le opere e i principi filosofici.

Geremia Bentham, nato a Londra nel 1748 ed ivi morto nel 1832, si inquadra per un lato nell'illuminismo settecentesco (ricollegandosi al filone empiristico-utilitaristico di esso, caratteristicamente inglese); per un altro apre la via a quella corrente utilitaristica propria dell'Ottocento che confluirà, attraverso i due Mill, nel positivismo della seconda metà del secolo.

Il problema che, nel campo giuridico e politico, al Bentham soprattutto interessa è quello della codificazione,

² V. vol. II, pp. 322-323.

al quale lo conduce la sua critica, tipicamente illuministica, del sistema giuridico inglese; e questa critica si precisa subito nell'atteggiamento che egli assume nei riguardi del Blackstone, ai cui *Commentaries on the laws of England* contrappose, già attorno al 1775, *A comment on the commentaries* (non dato però alle stampe), e *A fragment on government*, che costituiva una parte del precedente e che pubblicò anonimo nel 1776.

Le opere del Bentham, numerosissime e di mole assai varia, non sempre furono pubblicate subito; oltre al *Comment on the commentaries*, fu edito soltanto di recente *The limits of jurisprudence defined*, che era stato scritto nel 1782; l'opera più vasta e più nota fu pubblicata in francese da un discepolo svizzero, Stefano Dumont, che ne raccolse i manoscritti, apportandovi anche qualche ritocco, col titolo *Traité de législation civile et pénale*, nel 1802, e soltanto un secolo e mezzo dopo apparve nel testo inglese, col titolo *The theory of legislation*. Frattanto erano apparsi, oltre al *Fragment on government*, la *Defence of usury* (1787) e quella che (con la *Deontology, or the science of morality*, apparsa postuma nel 1834) è la maggiore opera filosofica benthamiana, *An introduction to the principles of morals and legislation* (1789). Particolarmente notevoli per la conoscenza delle teorie del Bentham sulla codificazione sono poi i *Papers relative to codification and public instruction* (1817), le *Letters to Count Toreno on the proposed Penal Code* (1822), il *Codification proposal* (1823) e i *Principles of the Constitutional Code* (1830-1843); oltre a *De l'organisation judiciaire et de la codification*, in cui il Dumont rifuse nel 1823 scritti diversi.

Il pensiero filosofico-giuridico del Bentham è naturalmente inserito nella sua filosofia morale, tipicamente utilitaristica, il cui principio è che il fine dell'individuo e della comunità (quest'ultima intesa tuttavia come « un corpo fittizio composto di persone individuali » l'interesse del quale è la somma degli interessi dei membri che la

compongono³) è la più grande felicità del più grande numero di persone, sola « misura del diritto (*right*) e del torto (*wrong*) »⁴: essendo la giustizia, « nel solo modo in cui ha un significato, un personaggio immaginario, inventato per comodità di discorso, i cui dettami sono i dettami dell'utilità »⁵.

Tale tesi, strettamente legata all'empirismo e perciò antichissima (la si ritrova espressa con parole pressoché identiche a quelle del Bentham presso Aristotele⁶), appartiene alla tradizione della filosofia morale inglese, in cui la abbiamo già incontrata accennata dal Cumberland⁷, svolta dallo Hume, dichiarata dal Priestley⁸; ma è frequente anche nel pensiero illuministico continentale, come nel caso dell'Helvétius⁹ e soprattutto del Beccaria¹⁰, la cui opera, tradotta da poco in inglese, esercitò un forte influsso sul pensiero, tanto morale quanto giuridico, benthamiano.

Benché il Bentham sia convinto che, differentemente dal diritto positivo, il diritto che « deve essere » è in ogni paese in larga misura il medesimo¹¹, il suo empirismo utilitaristico fa sí che egli non accetti il giusnaturalismo per il carattere metafisico di esso quale era professato al suo tempo. In *Anarchical fallacies* (scritto nel 1791 anche se pubblicato soltanto nel 1816) egli critica la recente

³ Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, I, 45 (p. 126 dell'ediz. Harrison, Oxford, 1948).

⁴ Bentham, *A fragment on government*, Prefazione, 2 (p. 3 dell'ediz. Harrison cit.).

⁵ Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, X, 40, nota 2 (p. 240 dell'ediz. cit.).

⁶ Aristotele, *Politica*, IV, 11, 1295 a.

⁷ V. vol. II, pp. 187-188.

⁸ Ivi, p. 324. Appunto dal Priestley il Bentham dice di avere attinto il criterio della « massima felicità del massimo numero » (*Memoirs*, in *Works*, ediz. Bowring, X, p. 79).

⁹ V. vol. II, p. 338.

¹⁰ È del Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, Introduzione) la formula « la massima felicità divisa nel maggior numero ».

¹¹ Bentham, *A fragment on government*, Prefazione, 13 (p. 8 dell'ediz. cit.).

dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino proprio per gli elementi giusnaturalistici di essa, come del resto aveva fatto due anni prima per alcune delle dichiarazioni di diritti americane nella nota finale all'*Introduction to the principles of morals and legislation*. Il diritto naturale ed i suoi sinonimi, compresa la giustizia, sono considerati da lui sostanziali mascherature del principio dell'utilità¹²; e lo stesso concetto di diritto naturale soggettivo, il diritto innato delle dichiarazioni settecentesche, egli lo dice « pomposa sciocchezza » (letteralmente, « una sciocchezza sui trampoli »): dove non vi sono leggi né governo non vi sono diritti, e parlare di diritti anteriori allo Stato è usare una metafora pericolosa¹³. È la vecchia tesi dello Hobbes, per la quale lo dicemmo precorritore del positivismo giuridico: dottrina della cui forma moderna è a buon diritto considerato fondatore appunto il Bentham.

3. La teoria benthamiana della codificazione.

Se per il suo rifiuto della dottrina dei diritti innati il Bentham sembra allontanarsi dagli ideali filosofico-giuridici dell'illuminismo, egli ne è invece pienamente partecipe per quanto riguarda l'esigenza dell'universalità, della semplicità e della certezza della legislazione. Proprio dalla sua mentalità razionalistica di illuminista egli è indotto a considerare inammissibile la mancanza di sistematicità e di chiarezza del diritto inglese: donde la sua critica alla *common law*, in contrasto col Blackstone, di cui pure era stato allievo. Da questa critica trapassò poi a progettare una sorta di sistemazione delle regole giuridiche fondamentali

¹² Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, II, 14, nota, nn. 4-7 (pp. 140-141 dell'ediz. cit.). Cfr. *Traité de législation civile et pénale*, I, 13, § 10, ed anche *Deontology*, I, 4 (ivi, per il concetto di giustizia, I, 15).

¹³ Bentham, *Anarchical fallacies*, in *Works*, ediz. Bowring, II, pp. 500-501.

dell'ordinamento inglese, e infine concepí una radicale riforma di esso, da attuare con una codificazione completa articolata in tre parti: diritto civile, penale e costituzionale. Di tali tre progetti di codice ebbero importanza, anche se puramente teorica, soprattutto gli ultimi due.

Le teorie giuridiche del Bentham riscossero infatti molto favore negli ambienti intellettuali di tutta Europa, particolarmente in quelli radicali; ma sul piano pratico non ebbero alcun successo. Della sua codificazione, da lui chiamata dapprima *Pandikaion* e piú tardi *Pannomion*, e che aveva concepito, molto illuministicamente, come destinata a « ogni nazione professante opinioni liberali »¹⁴, nessuno Stato, neppure fuori dell'Inghilterra, si avvalse, benché egli avesse offerto i suoi suggerimenti a molti di essi, dal Portogallo agli Stati Uniti, dalla Spagna alla Russia.

Pur muovendo da critiche specifiche all'ordinamento giuridico inglese per le sue particolari caratteristiche, il Bentham giunge alla stessa conclusione a cui erano pervenuti i critici illuministi del diritto comune continentale: la necessità della codificazione e della limitazione massima dei poteri dei giudici. L'istanza che egli fa valere è, come nel caso degli altri illuministi, soprattutto quella della certezza del diritto, senza la quale non sono assicurati i diritti degli individui. Singolare è peraltro il metodo che egli vorrebbe seguito per la redazione del codice: questa non doveva essere affidata a giuristi — che secondo lui non avrebbero avuto interesse a semplificare e razionalizzare il diritto — e neppure a commissioni di piú membri; il codice, per essere organico e semplice cosí da poter valere universalmente, doveva essere opera di una persona sola, scelta mediante un pubblico concorso e non retribuita. Si è, come si vede, al culmine dell'ideologia illuministica, coronata dal mito del legislatore razionale universale.

¹⁴ Cosí nel titolo del *Codification proposal*, che è appunto « addressed... to all Nations professing liberal opinions » ed è presentato come « *Idea of a proposed allcomprehensive body of law* » (*Works*, ediz. Bowring, IV, p. 535).

Il Bentham intendeva che il codice dovesse anzitutto realizzare il principio della sua etica, la massima felicità del massimo numero; in secondo luogo — accogliendo quella fra le idee dell'illuminismo che più di ogni altra condusse al positivismo giuridico — che esso fosse completo, in modo da escludere ogni creazione di diritto da parte dei giudici; e infine che le sue norme fossero non solo chiare e precise, ma motivate, in modo che cittadini e giudici potessero rendersi conto del fine di esse.

Decisamente contrastanti con lo spirito del diritto inglese, le idee filosofico-giuridiche del Bentham non ebbero nessuna fortuna in Inghilterra, dove la codificazione non ebbe mai luogo; e altrove ebbero sí risonanza nel mondo intellettuale, ma non fecero che assecondare sul terreno dottrinale l'attività codificatrice dei vari Stati, promossa ben più efficacemente dal concreto esempio francese. Teorico insigne del positivismo giuridico, sul piano pratico il Bentham non esercitò molta influenza, se non nel campo del diritto penale.

4. *Scienza e politica del diritto nell'opera del Bentham.*

Oltre che per i suoi scritti in favore della codificazione, il Bentham è oggi considerato da molti l'iniziatore della teoria del positivismo giuridico in quanto egli sarebbe giunto ad una determinazione del concetto del diritto che ne permetterebbe una trattazione scientifica; perché, depurandolo da ogni elemento estraneo, extragiuridico, lo renderebbe oggetto di una scienza autonoma. Questo, che fu fatto, o per lo meno tentato, come presto vedremo, dal suo amico e seguace Austin, non appar sostenibile con sicurezza a proposito del Bentham; o piuttosto lo è se si guarda soltanto a una parte della sua opera, quella contenuta in *The limits of jurisprudence defined* (*Delimitazione del campo della scienza giuridica*), che costituiva la seconda parte dell'*Introduction to the principles of morals*

and legislation, ma che non fu pubblicato dall'autore e vide la luce soltanto nel 1945.

In questo libro in effetti il Bentham, coerentemente con l'ideale della codificazione, cioè della riduzione di tutto il diritto a legge, appar concepire il diritto esclusivamente come un comando la cui prima fonte è un ente sovrano: « un insieme di segni esprimenti una volizione concepita o adottata dal sovrano in uno Stato, riguardante la condotta che deve essere osservata in un determinato caso da una determinata persona o classe di persone, che nel caso in questione siano o si supponga che siano soggette al suo potere »¹⁵: definizione che richiama visibilmente quella hobbesiana secondo la quale legge vera e propria è soltanto il comando di chi ha potere su altri¹⁶. Con essa il Bentham formula una determinazione della categoria giuridica che gli permette, precorrendo l'assai più ampia e sistematica opera del suo discepolo Austin, di analizzare e definire i vari concetti giuridici — potere, diritto soggettivo, divieto, dovere, obbligo, proprietà, libertà ecc. — sul presupposto che essi non hanno di per sé alcuna realtà, ma sono « entità fittizie » create dal diritto in quanto comando di un ente sovrano¹⁷, di determinare i soggetti e l'oggetto del diritto e di descrivere i vari caratteri di questo¹⁸, e di indicarne i requisiti, come quello della completezza della legge¹⁹ (col che, peraltro, egli esce già dal

¹⁵ Bentham, *The limits of jurisprudence defined*, 3 (p. 88 dell'ediz. Everett, New York, 1945). Cfr. la nota finale all'*Introduction to the principles of morals and legislation* (di cui i *Limits of jurisprudence defined* sono il seguito): « Qualunque cosa sia posta come legge dalla persona o dalle persone a cui è riconosciuto il potere di fare leggi, è legge. Le *Metamorfosi* di Ovidio, se poste così, sarebbero legge » (XVII, 29: p. 429 dell'ediz. cit.). Anche nella *Deontology* il Bentham, distinguendo fra morale e diritto, considera il secondo come quello per il quale ricompense e punizioni sono stabilite dal legislatore (I, 2; e con riferimento alla giustizia, I, 15).

¹⁶ V. vol. II, pp. 144, 147, 148.

¹⁷ Bentham, *The limits of jurisprudence defined*, 2 (p. 57 dell'ediz. cit.).

¹⁸ Ivi, 6-15 (pp. 119-246).

¹⁹ Ivi, 16 (pp. 247-273).

campo dell'analisi del diritto per entrare in quello di ciò che chiamerà « arte della legislazione », cominciando a legittimare i dubbi, di cui ora diremo, sulla scientificità del suo assunto).

La determinazione del concetto del diritto compiuta in questo modo dal Bentham non può in ogni caso non apparir semplicistica, soprattutto in rapporto al problema della distinzione di esso dalla morale, problema della cui difficoltà egli mostra in altre opere di avere ben diversa consapevolezza²⁰, ed al quale del resto finisce col riconnettere la propria trattazione del diritto negli stessi *Limits of jurisprudence defined*, quando passa a considerare i « fini a cui una legge deve mirare »²¹: fini che sono costituiti dal promovimento del « bene pubblico (*public good*) » secondo il principio di utilità²². Nuova prova, questa, dell'incertezza del Bentham tra impostazione scientifica od invece etico-politica del suo studio del diritto.

Sia lo scarso approfondimento del fenomeno giuridico, sia il continuo trasparire, nel discorso intorno ad esso, di preoccupazioni di politica legislativa, fanno dubitare alquanto della fondatezza dell'opinione oggi diffusa secondo cui il Bentham avrebbe dato l'avvio ad una trattazione scientifico-analitica del diritto; e ciò anche se si integra l'analisi del concetto di esso compiuta nei *Limits* con la distinzione, contenuta nell'*Introduction to the principles of morals and legislation*, fra diritto come fatto e diritto come ideale, che in effetti, se non fosse contraddetta da altri passi delle opere benthamiane, attesterebbe una determinazione abbastanza precisa della categoria giuridica. Due, scrive infatti il Bentham, possono essere gli oggetti di un libro di teoria del diritto (*jurisprudence*): ciò che il diritto è (*what the law is*), e ciò che esso dovrebbe essere (*what it ought to be*). Nel primo caso si ha una teo-

²⁰ Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, I, 12.

²¹ Bentham, *The limits of jurisprudence defined*, 5 (pp. 113-125 dell'ediz. cit.).

²² Ivi (p. 115).

ria del diritto « espositiva » (*expository jurisprudence*), nel secondo una teoria del diritto « censoria » (*censorial jurisprudence*), ovvero un'« arte della legislazione »²³.

In realtà il Bentham, benché effettivamente si preoccupi di determinare il campo della *jurisprudence* intendendo come oggetto di essa il diritto « come è », si serve di tale determinazione a scopo non scientifico, ma politico. Il suo procedimento è singolarmente analogo a quello dello Hobbes, con il quale il Bentham ha in comune, come si è visto, la sbrigativa riduzione del concetto del diritto a quello di comando del sovrano: come lo Hobbes si serviva di tale concetto per negare, nella sua polemica con il Coke, carattere giuridico alla *common law* in quanto essa era dettata dalla ragione e non da una volontà sovrana, così, ed allo stesso scopo, fa il Bentham in polemica questa volta col Blackstone. Certo le finalità d'ordine strettamente politico sono diverse, perché con il liberale Coke lo Hobbes polemizzava in quanto assolutista, mentre con il conservatore Blackstone il Bentham (allo Hobbes tutt'altro che favorevole²⁴) polemizza in quanto democratico radicale; ma il fine di entrambi è una riforma legislativa, alla quale soltanto è ordinata quella considerazione apparentemente scientifica del diritto che negli scritti dello Hobbes è accennata ed in quelli del Bentham è sviluppata: ma che non per nulla approderà ad una teoria sistematica soltanto con l'Austin, che non avrà invece nessun intento riformatore.

La stessa distinzione fra diritto come è e diritto come deve essere non è, nell'opera del Bentham, la premessa per una trattazione scientifica del primo: quella che a lui preme è proprio la funzione « censoria » della *jurisprudence*, ed al giurista egli rivendica il compito di criticare il diritto come è in base all'idea del diritto come dovrebbe

²³ Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, XVII, 21 (pp. 423-424 dell'ediz. cit.); *A fragment on government*, Prefazione, 13 (pp. 7-8 della stessa ediz.).

²⁴ V. p. es. i *Traité de législation civile et pénale*, I, 13, 6.

essere, riferita al principio etico della massima felicità del massimo numero. Del resto, l'influenza storica del benthamismo nel campo della scienza giuridica, lungi dall'indirizzare questa verso l'analisi formale del diritto, si manifestò nel corso dell'Ottocento — soprattutto in America — nell'introduzione in essa di criteri sociologici, politici ed economici, in relazione appunto agli ideali etici utilitaristici. Soltanto recentemente, così come si è cercato di riconoscerla nella dottrina, essenzialmente politica, dello Hobbes, si è voluto trovare in quella — in ultima analisi politica anch'essa — del Bentham una visione scientifica del diritto che in realtà appare propriamente soltanto nell'opera dell'Austin.

5. *Austin: la determinazione del campo della scienza del diritto.*

Se il Bentham, tutto sommato, appare preoccuparsi assai più dei problemi etico-politici posti dal diritto che non di quelli logico-scientifici, nessun dubbio può esservi invece sulla prevalenza della considerazione di questi ultimi nella dottrina del suo discepolo Giovanni Austin.

Questi, nato a Creeting Mill nel Suffolk nel 1790 e morto a Weybridge nel 1859, fa parte anch'egli, col Bentham e con i due Mill, del gruppo di pensatori utilitaristi che ebbe largo seguito in Inghilterra in morale, in politica e in economia, ed è fra essi quello che specificamente, anzi esclusivamente, si dedicò allo studio del diritto. Soltanto come giurista infatti egli vien ricordato: e per due sole opere (che in realtà si riducono ad una), *The province of jurisprudence determined* (*La determinazione del campo della teoria del diritto*: pressoché lo stesso titolo dato dal Bentham ad uno dei suoi scritti), del 1832, costituita da sei lezioni del corso di *jurisprudence*, ossia di teoria del diritto, tenuto per qualche anno dall'Austin all'università di Londra, e *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law* (*Lezioni di teoria*

del diritto o filosofia del diritto positivo), pubblicate postume dalla moglie dal 1861 al 1863, di cui le prime sei sono quelle che costituiscono *The province of jurisprudence determined*.

Se il Bentham era fuori della reale vita giuridica inglese, ancor più lo era l'Austin; e la sua influenza sul diritto del suo paese fu, si può dire, nulla. Profonda traccia egli lasciò invece nel campo della teoria inglese del diritto — quella che nelle università anglosassoni è detta appunto *jurisprudence* — in cui precisò e sviluppò l'indirizzo che egli disse « analitico », ossia logico-descrittivo: indirizzo che ebbe largo seguito nella dottrina dei giuristi inglesi ed americani, ed a cui oggi si richiamano anche teorici del diritto di altri paesi.

Anche l'Austin professa, in morale, l'utilitarismo: ed alla difesa del principio dell'utilità (da lui, che al contrario del Bentham è politicamente un conservatore, identificato con l'ordine²⁵) dedica molte pagine²⁶; ma, non avendo intenti riformatori, svolge quasi esclusivamente lo studio analitico del diritto positivo. Come il Bentham aveva distinto tra « teoria espositiva » e « teoria censoria » del diritto, l'Austin distingue infatti tra « teoria generale del diritto » (*general jurisprudence*), o « filosofia del diritto positivo », che riguarda il diritto come esso effettivamente è, buono o cattivo che sia, e « scienza della legislazione », che si occupa invece del diritto come dovrebbe essere per essere buono, e che è una parte dell'etica²⁷; ma, mentre il Bentham si preoccupava assai più del secondo modo di considerare il diritto, l'Austin tratta quasi soltanto del primo, limitando il suo studio a quello del diritto positivo, del diritto « che è », ossia alla *general jurisprudence*.

Questa « non riguarda direttamente la scienza della legislazione. Essa riguarda direttamente i principi e le distinzioni che sono comuni ai vari sistemi di diritto parti-

²⁵ Austin, *Lectures on jurisprudence*, Londra, 1885⁵, I, p. 118.

²⁶ Ivi, lezioni III e IV (I, p. 122 ss.).

²⁷ Ivi, I, p. 32.

colare e positivo, e che ciascuno di questi sistemi inevitabilmente implica, sia esso degno di lode oppure di biasimo, sia esso in accordo oppure no con una determinata misura o criterio »²⁸. La *jurisprudence* analitica insomma si pone come teoria del diritto positivo in generale, studio dei concetti giuridici astratti dai vari ordinamenti positivi: secondo un'idea che già era stata del Bentham, il quale aveva parlato di una « *jurisprudence* universale » riguardante i concetti relativi a tutti gli ordinamenti giuridici²⁹, e che nascerà per altra via nella scienza del diritto continentale, ed in particolare tedesca.

6. Austin: il diritto come comando dell'autorità sovrana.

Oggetto della *jurisprudence* è dunque, secondo l'Austin, il diritto positivo: che è il « diritto posto da superiori politici a inferiori politici »³⁰. Il diritto, in altre parole, è un comando³¹: vale a dire un invito all'azione pronunciato da chi ha il potere e l'intenzione di infliggere un danno o una pena nel caso che non si ottemperi al suo desiderio³². Ciò comporta che colui al quale il comando è rivolto sia da tale comando « vincolato o obbligato », ossia « soggiaccia a un dovere di obbedire ad esso » (sempre, s'intende, per il timore di un danno, cioè della sanzione³³). « Comando e dovere sono perciò termini correlativi, in quanto il significato espresso dall'uno è implicato o supposto dall'altro »³⁴: insomma, « comando, dovere e sanzione sono termini inseparabilmente connessi »³⁵.

²⁸ Ivi.

²⁹ Bentham, *An introduction to the principles of morals and legislation*, XVII, 24 (p. 425 dell'ediz. cit.).

³⁰ Austin, *Lectures on jurisprudence* ⁵, I, p. 86.

³¹ Ivi, I, pp. 79 e 88 ss.

³² Ivi, I, p. 89.

³³ Ivi.

³⁴ Ivi.

³⁵ Ivi, I, p. 91.

Tutte le norme che non si configurino come comandi da cui derivi, attraverso la minaccia della sanzione, un dovere, non costituiscono diritto. Così quelle che l'Austin riunisce sotto il nome di « moralità positiva » (*positive morality*): le norme cioè derivanti da opinioni o da sentimenti di aggregati umani indeterminati, come le leggi dell'onore, le leggi della moda, la consuetudine stessa finché non sia stata resa obbligatoria dall'autorità sovrana³⁶, e — caso che metterà in gravi difficoltà il positivismo giuridico — il diritto internazionale³⁷.

Come l'Austin chiarisce più oltre, il diritto positivo (ossia il vero diritto) è infatti quello « posto da una persona sovrana o da un corpo sovrano di persone a un membro o a più inembri della società politica indipendente in cui quella persona o quel corpo è sovrano »³⁸. Non per caso, a proposito di questa definizione, l'Austin si richiama esplicitamente allo Hobbes: come quella hobbesiana, la concezione austiniana del diritto è rigorosamente imperativistica e statualistica; il diritto è soltanto comando, ed il comando che è diritto è soltanto quello dello Stato.

Tuttavia, sensibile alla realtà della vita giuridica inglese, l'Austin non nega il carattere di diritto al diritto giudiziario, alla *common law*: ricorrendo — per verità un po' artificiosamente — all'argomento che il diritto è diritto, cioè è positivo, anche se non promana direttamente dal sovrano, purché sia a causa dell'autorità del sovrano che chi lo crea abbia il potere di crearlo³⁹: ragione per cui il diritto creato dai giudici non cessa di essere diritto statutale, in quanto il potere di crearlo è dato ai giudici dallo Stato. Cosciente della ragion d'essere storica della *common law*, l'Austin non ne condivide la totale condanna che ne aveva compiuto il Bentham, e respinge soprattutto

³⁶ Ivi, I, p. 36.

³⁷ Ivi, I, p. 87 e, più diffusamente, p. 171 ss.

³⁸ Ivi, I, p. 220.

³⁹ Ivi, II, p. 642.

l'accusa mossa ad essa di incontrollabilità da parte del popolo ⁴⁰ e di soggezione all'arbitrio soggettivo dei giudici ⁴¹.

Ciò non impedisce che egli rilevi ed additi molti difetti del sistema inglese del diritto giudiziario ⁴², e che auspichi la codificazione ⁴³. Ma anche a proposito di questa, non si abbandona agli illuministici entusiasmi del Bentham; non ignaro delle critiche mosse dal Savigny ⁴⁴, la cui opera aveva avuto modo di conoscere bene durante un soggiorno di due anni in Germania e per la quale aveva — differentemente dal Bentham — grande considerazione, l'Austin in parte le accoglie, giudicandole però giustificate nei riguardi non della codificazione in generale, ma soltanto di quelle allora già compiute, la prussiana e soprattutto la francese ⁴⁵. Alieno da velleità illuministiche di rinnovamento radicale del diritto, l'Austin vorrebbe che il codice, pur dando ad esso forma totalmente nuova e non limitandosi a consolidarlo in raccolte di norme, non ne modificasse il contenuto; e si limitasse a dare una struttura unitaria e logicamente coerente al diritto vigente, riformandolo sotto l'aspetto tecnico ma non sotto quello politico od etico.

7. L'« analytical jurisprudence » e il positivismo giuridico.

In realtà la preoccupazione prevalente dell'Austin è la costruzione di un sistema razionale del diritto: razionale però non quanto al contenuto delle norme (come avrebbero preteso i giusnaturalisti illuministi), ma quanto alla coerenza e alla coordinazione formale di esse e dei concetti giuridici ad esse ricollegati. È sotto questo aspetto

⁴⁰ Ivi, II, pp. 642-644.

⁴¹ Ivi, II, pp. 644-647.

⁴² Ivi, II, pp. 647-659.

⁴³ Ivi, II, pp. 662-666; v., in appendice alle *Lectures*, le *Notes on codification* (II, pp. 1021-1039).

⁴⁴ V. sotto, p. 62 ss.

⁴⁵ Austin, *Lectures on jurisprudence* ⁵, II, pp. 666-680.

che la *jurisprudence* austiniana, « filosofia del diritto positivo », anche se non presenta tutti i caratteri del positivismo giuridico (le è estranea, ad esempio, l'idea della completezza dell'ordinamento), costituisce un esempio insigne di tale indirizzo: in quanto cioè essa si pone come sistemazione razionale autonoma del diritto positivo, che prescinde da ogni contenuto etico e da ogni presupposto storico o sociologico di esso.

Non che l'Austin ignori o neghi i valori che possono pensarsi al di là del diritto positivo: egli vuole che lo studioso di cose giuridiche si occupi non solo della *jurisprudence*, cioè della scienza del diritto positivo, ma anche della *legislation*, riguardante il diritto come dovrebbe essere⁴⁶. E nemmeno rifiuta il diritto naturale, anche se considera questa un'espressione « ambigua e fuorviante » per designare le leggi di Dio (le quali, essendo comandi di un superiore ad inferiori, rientrano nel concetto di diritto come una particolare forma di esso⁴⁷), oppure per indicare quelle norme del diritto positivo o della « moralità positiva » che sono prevalse in tutti i tempi e in tutti i luoghi⁴⁸; però non se ne occupa, non lo comprende nell'oggetto del suo studio: la *province of jurisprudence*, il campo della scienza del diritto, è, egli ripete, il diritto positivo, quello che è comando di un sovrano⁴⁹.

L'Austin procede infatti analizzando i concetti offertigli dalla considerazione generalizzante ed astraente dei dati dell'esperienza degli ordinamenti giuridici positivi delle società evolute (*refined societies*): anzitutto quello del diritto oggettivo stesso, e poi quelli di comando, di obbligo, di libertà, di sanzione, di sovranità, di norma, di diritto soggettivo, di soggetto e di oggetto del diritto,

⁴⁶ Austin, *On the uses of the study of jurisprudence*, in appendice alle *Lectures*, II, p. 1078.

⁴⁷ Austin, *Lectures on jurisprudence*³, I, p. 86 e, più ampiamente, p. 174 ss.; v. anche pp. 154-155.

⁴⁸ Ivi, I, p. 175.

⁴⁹ Ivi, I, pp. 176-177.

di atto giuridico, di responsabilità ecc.⁵⁰; definendoli logicamente col distinguerli da concetti affini, enumerandone le suddistinzioni, determinando i rapporti logici che intercorrono fra essi, costruendo insomma, mediante tale analisi, una dottrina *generale* del diritto costituita da un sistema di concetti meramente formali. In tal modo egli compie, in forma più ampia e con più stretta aderenza al diritto positivo, lo stesso lavoro che i giuristi kantiani — ed anche altri tardi giusnaturalisti tedeschi — di cui si dirà più oltre⁵¹ avevano compiuto applicando al diritto positivo il concetto kantiano del diritto come forma o addirittura quello tradizionale del diritto naturale della scuola del Wolff.

La *jurisprudence* analitica tenta di realizzare insomma, per altra via, quella che era stata l'aspirazione dei giusnaturalisti settecenteschi: l'edificazione di una *scienza*, di un sistema razionale di concetti giuridici. Alla « scienza » giusnaturalistica, inconsistente per la sua pretesa di dedurre *a priori* dalla ragione un sistema di concetti, che non potevano perciò non rimanere astratti, avulsi dalla realtà storica del diritto, l'Austin contrappone una teoria che vuol essere scienza proprio in quanto muove da tale realtà, da quella realtà empirica che è il diritto positivo.

Resta assai dubbio che il procedimento seguito dall'Austin, quello cioè dell'eliminazione di tutti quegli aspetti del fenomeno giuridico che rendono impossibile costruirne una teoria logico-sistematica, non sia viziato anch'esso dall'astrattezza e non perda di vista anch'esso la realtà, la troppo complessa realtà del diritto. Già l'esclusione dal campo di quest'ultimo della consuetudine e del diritto internazionale, compiuta perché essi non rientrano nella definizione del diritto come comando dello Stato, induce a dubitare della validità e della legittimità dell'impostazione

⁵⁰ Un elenco esemplificativo l'Austin ne dà nel cit. *On the uses of the study of jurisprudence*, in appendice alle *Lectures*, II, pp. 1073-1074.

⁵¹ V. sotto, p. 75 ss.

austiniana del metodo della scienza giuridica; e, in generale, le distinzioni dell'Austin fra le norme giuridiche e quelle di ciò ch'egli chiama « moralità positiva » non riescono convincenti.

L'importanza storica della dottrina austiniana è, in ogni caso, considerevole. Essa costituisce una riprova di quella tendenza delle teorie filosofico-giuridiche illuministiche a sfociare nel positivismo giuridico che già le vicende della codificazione francese e la scuola dell'esegesi ci avevano rivelato; ed in senso giuspositivistico ha agito ed indirettamente agisce tuttora mediante la forte influenza che (pur non avendo avuto ripercussioni nella pratica della vita giudiziaria e forense dell'Inghilterra) ha esercitato sui teorici del diritto inglesi, fra i quali l'« analytical school of jurisprudence » ha raccolto molti seguaci, ed anche di altre nazionalità, soprattutto dopo che essa si è incontrata con dottrine di tendenza analoga anche se di diversa origine, le « teorie generali del diritto » di cui a suo luogo diremo⁵².

8. *Giovanni Stuart Mill.*

Dall'utilitarismo del Bentham e del suo amico e seguace Giacomo Mill si sviluppa la dottrina del figlio di quest'ultimo, Giovanni Stuart Mill (« Stuart » fa parte del nome di battesimo, e non, come molti credono, del cognome), nato a Londra nel 1806 e morto ad Avignone nel 1873. È opportuno far cenno qui anche di lui, quantunque egli appartenga propriamente alla storia della logica e della morale, perché, allievo dell'Austin, si interessò anche di problemi filosofico-giuridici, dedicando an-

⁵² All'indirizzo « analitico » austiniano hanno aderito, fra gli altri, gli inglesi T. E. Holland, S. Amos, J. W. Salmond, W. Markby, J. M. Lightwood, e, ai nostri giorni, H. L. A. Hart; gli americani J. C. Gray, W. N. Hohfeld, A. Kocourek; l'ungherese F. Somló; lo svizzero E. Roguin. In qualche modo gli è vicino oggi il Kelsen, e, appunto attraverso il Kelsen e lo Hart, alcuni studiosi italiani.

zitutto un acuto studio (che resta tuttora fra i piú notevoli) al pensiero austiniano ⁵³.

Ciò che di lui piú ci interessa è la teoria della giustizia, compresa nella sua principale opera di morale, *Utilitarianism* (1861). Liberale in politica al pari del Bentham, decisamente individualista ⁵⁴, strenuo assertore dell'uguaglianza (anche di quella, allora difficilmente ammessa, tra uomini e donne ⁵⁵), il Mill professa un utilitarismo di ispirazione benthamiana; egli peraltro va oltre la semplicistica concezione della morale come calcolo dei piaceri, e considera non soltanto il grado di quantità di questi, ma anche la qualità. Propria dell'uomo è inoltre, secondo il Mill, non solo la tendenza all'utilità individuale, bensí anche quella all'altruismo ed all'utilità sociale: questi, che pur non sono scopi originari dell'attività umana ma soltanto mezzi per il raggiungimento di fini egoistici, finiscono col divenire, attraverso un processo logico associazionistico, fini per sé stessi.

Appunto in questo quadro si inserisce la teoria del Mill circa la giustizia, che egli, differentemente dal Bentham, non considera una semplice mascheratura retorica dell'utilità, e di cui invece cerca di approfondire il rapporto con quest'ultima. Il concetto della giustizia gli appare distinguersi da quello della morale in generale perché « implica qualche cosa che non soltanto è bene fare e male non fare, ma che un individuo può esigere da noi come suo diritto morale (*moral right*) » ⁵⁶: qualcosa cioè che gli altri moralmente devono a costui, come non è, ad esempio, nel caso della generosità o della beneficenza, alle quali non

⁵³ Mill, *Austin on jurisprudence*, apparso nel 1863 nella « Edinburgh Review » e poi compreso nel III vol. di *Dissertations and discussions* (1867).

⁵⁴ Così nei saggi *Principles of political economy with some of their applications to social philosophy* (1848) e *Considerations on representative government* (1861).

⁵⁵ Soprattutto in *The subjection of women* (1869).

⁵⁶ Mill, *Utilitarianism*, V (p. 46 dell'ediz. Everyman's Library, Londra, 1968).

si è moralmente tenuti nei confronti di un individuo determinato.

Giustizia, insomma, è il soddisfacimento di un « diritto » altrui; ma « avere un diritto è avere qualcosa di cui la società deve difendere il possesso »: e il motivo per il quale la società deve far questo non può essere che l'utilità generale⁵⁷. La *moralità* del sentimento della giustizia — che per sé stesso potrebbe anche consistere nel solo desiderio di ritorsione (*retaliation*) —, l'elemento razionale che legittima questo sentimento ed in pari tempo lo rafforza, sta nel fatto che l'interesse a cui esso si riferisce è la sicurezza, la quale è interesse di tutti⁵⁸. Tra i molteplici e contraddittori modi in cui la giustizia viene intesa, il solo criterio per determinare quello valido è perciò il criterio dell'utilità sociale⁵⁹.

Proprio per questo la giustizia appare al Mill la parte più importante della morale: « la giustizia è un nome che indica certe classi di norme morali riguardanti più strettamente ciò che è essenziale al benessere umano, e perciò obbligano in modo più assoluto di qualunque altra norma di condotta »⁶⁰.

La stessa regola dell'uguaglianza, che il Mill ricorda nella formulazione compiutane dal Bentham, « ognuno deve contare per uno, nessuno per più di uno », in tanto è valida in quanto è socialmente utile; le ineguaglianze sociali assumono carattere d'ingiustizia soltanto nel momento in cui cessano di essere utili: « l'intera storia del progresso sociale è stata una serie di passaggi mediante i quali un costume o un'istituzione sono passati successivamente dall'essere considerati di necessità essenziale per l'esistenza della società al rango di ingiustizia e tirannide universalmente stigmatizzata. Così è stato per la distinzione fra schiavi e liberi, nobili e servi, patrizi e plebei;

⁵⁷ Ivi (p. 50).

⁵⁸ Ivi.

⁵⁹ Ivi (p. 54).

⁶⁰ Ivi.

e così sarà, ed in parte già è, per le aristocrazie di colore, di razza e di sesso » ⁶¹.

Sono i classici motivi dell'empirismo nel campo dell'etica, che risalgono ad Epicuro e più su ancora ai Sofisti; col ribadirli, il Mill, amico di Augusto Comte e non insensibile al suo pensiero, salda la tradizione empiristica e utilitaristica inglese, giunta a lui attraverso il Bentham, al positivismo, di cui diremo più oltre.

⁶¹ Ivi (p. 55).

Lo storicismo giuridico

1. Romanticismo e storicismo.

Abbiamo veduto finora come, per diverse vie, l'illuminismo, la cui dottrina giuridica era stata il giusnaturalismo, abbia condotto alla negazione di quest'ultimo ed all'affermazione del positivismo giuridico. Dovremo ora seguire il processo per il quale allo stesso risultato condusse un movimento culturale che all'illuminismo è antitetico e che perciò, nel campo giuridico, logicamente si contrapponeva al giusnaturalismo, ma che di per sé non comportava una conclusione giuspositivistica: alla quale infatti condusse soltanto tardi, quando ormai i suoi caratteri originari ed essenziali si erano andati alterando.

Alludiamo allo storicismo, atteggiamento spirituale vasto e complesso, che investe ogni campo dell'opera umana e non è certo limitato a quello giuridico (nel quale tuttavia è rappresentato da un gruppo ben definito di scrittori, quelli che costituirono la « scuola storica del diritto » tedesca); ma che, nel reagire all'illuminismo, ne combatte soprattutto proprio quell'aspetto che è il giusnaturalismo. Certo nel dire ciò si dà alla parola *giusnaturalismo* un senso assai lato, non limitato affatto al suo stretto significato giuridico; la rivolta antigiusnaturalistica degli storicisti non ha di mira la sostituzione di una concezione ad un'altra del solo diritto, ma della morale, della politica, di tutta la vita pratica: di tutto ciò che, appunto giusnaturalisticamente, l'illuminismo voleva regolato dalle norme che esso riteneva di poter dedurre dall'astratta ragione, e che viene ora inteso come spontaneo prodotto della storia, autentica es-

senza dell'uomo, incarnante un'assai più profonda, più concreta, più vera « ragione ».

Lo storicismo si inquadra in un ancor più ampio moto culturale di reazione all'illuminismo, il romanticismo: fra i molti aspetti del quale è appunto il vivissimo senso della storia, quello la cui mancanza era stato fra i caratteri più salienti della cultura dell'illuminismo. Anziché rinnegare o svalutare il passato per riformare ogni cosa secondo i dettami della ragione, come avevano fatto gli illuministi nel perseguire il loro ideale di un rinnovamento razionale della cultura e della società, i romantici cercano e sentono proprio nel passato di ogni nazione la spiegazione del presente e i motivi profondi per procedere verso il futuro. Come, per ciò che riguarda i singoli, il romanticismo attribuisce valore a tutto quello che ne determina, al di sotto dell'elemento comune e generale della ragione, l'individualità — sentimenti, passioni, fedi —, così per ciò che riguarda i popoli esso è attento a quanto determina la personalità, l'individualità di ciascuno di essi col dargli la coscienza della propria singolarità, costituendolo come *nazione*: le manifestazioni irrazionali e spontanee, la religione, il linguaggio, la poesia, le tradizioni. Ed anche in ciò esso si pone contro la mentalità dell'illuminismo, il cui ideale era, giusnaturalisticamente, il cosmopolitismo: che ai romantici appare invece un'astrazione intellettualistica.

Rivalutando ciò che vi è di vario e di variante, ciò che vi è di irrazionale e di non riducibile a un concetto comune nella vita dell'umanità, e svalutando per contro le concezioni e gli ideali universalistici e razionalistici, lo storicismo romantico si trova dunque agli antipodi del giusnaturalismo; l'idea di un diritto universalmente valido perché dettato dalla ragione e quella di diritti innati spettanti all'uomo per la sua natura razionale appaiono ingenuità contrastanti con l'esperienza della concreta realtà del diritto; i concetti che erano a fondamento del giusnaturalismo sei-settecentesco — stato di natura, contratto sociale — vengono irrisi come astrazioni mitologiche volte

a spiegare con l'opera della ragione la formazione e lo sviluppo delle società, che sono invece spontaneo prodotto di forze irrazionali (o, meglio, razionali di una più profonda razionalità).

Pur senza conoscere, generalmente, il Vico, lo storicismo romantico svolge molti dei motivi della *Scienza nuova*, secondo la quale il diritto naturale, come ogni altra espressione dello spirito umano, era immanente alla storia, e l'universale, il « vero », non aveva realtà se non incarnato nell'individuale, nel « certo ». E senza identificarsi con l'assoluto immanentismo dello Schelling e dello Hegel (del cui pensiero, profondamente inserito nella cultura romantica, molti degli scrittori tedeschi di questo periodo, compresi i giuristi, sentono tuttavia più o meno fortemente l'influsso), lo storicismo romantico ne condivide l'essenza, che è appunto storicistica, per cui non v'è realtà che non si faccia storia, razionale che non sia in pari tempo reale¹; essi se ne differenziano però quasi sempre in questo, che lo storicismo dei filosofi idealisti è storicismo assoluto, per il quale l'individualità empirica si risolve nel Soggetto trascendentale, mentre gran parte della cultura romantica si nutre proprio della coscienza viva dell'individualità avente nella sua singolarità assoluto valore, e non sacrifica alla razionalità, neppure alla razionalità concreta della *Vernunft* hegeliana, i motivi irrazionali della vita dell'individuo e della nazione, la fantasia, il sentimento, la fede.

2. Lo storicismo giuridico e politico tra Settecento e Ottocento.

Senza ricercare ora altri lontani preannunciatori dello storicismo in generale, che si potrebbero ritrovare in alcuni pensatori del Sei-Settecento, come il Leibniz o il Montesquieu, è da ricordare che un esempio di storicismo giuridico è la concezione inglese della *common law*, non

¹ V. sotto, capp. IV e V.

per nulla combattuta dagli illuministi quali il Bentham; uno dei maggiori teorici della *common law* è infatti Edmondo Burke (del quale si è detto nel precedente volume²), che fu tra i primi esponenti dello storicismo giuridico-politico verso la fine del Settecento, e che, avversario della rivoluzione francese, fu aspro critico delle dichiarazioni di diritti e delle costituzioni giusnaturalistiche, giudicando assurdo e pericoloso cambiare bruscamente, in nome di una razionalità astratta, le istituzioni create dalla storia.

Per molti aspetti affine al Burke era stato uno scrittore tedesco a lui contemporaneo, autore di storie locali, Giusto Möser (1720-1794), ammiratore delle istituzioni dell'Inghilterra, e avverso ai rivoluzionari francesi: in lui, convinto che nella storia, nelle tradizioni popolari, finanche nelle superstizioni, in tutto ciò insomma che gli illuministi respingevano come irrazionale, si attuasse una ragione di origine divina, la scuola storica del diritto riconobbe un suo precursore.

Confrontate con le innovatrici dottrine illuministiche, quelle di questi scrittori e di altri ad essi affini — come il Cuoco, di cui si dirà nel capitolo dedicato al pensiero italiano della prima metà dell'Ottocento — possono apparire, e sono infatti giudicate da alcuni, conservatrici; ma l'istanza che esse fanno valere, quella del richiamo alla storia ed al valore delle istituzioni da questa create indipendentemente dalla loro conformità ad un modello « razionale » universale, se reagisce alle ideologie illuministiche non per questo è reazionaria. Essa è diretta infatti non contro gli ideali liberali, ma contro ciò che dell'illuminismo e del giusnaturalismo era tanto astratto e antistorico da non poter essere storicamente realizzato (e che per questo, come era avvenuto in Italia, talvolta comprometteva proprio la fortuna di quegli ideali).

Diverso sarebbe il discorso per ciò che riguardasse

² V. vol. II, pp. 323-324.

altri scrittori di questo periodo, che in effetti sono politicamente reazionari e le cui dottrine, quando si richiamano alla storia e alla tradizione, lo fanno per difendere la Restaurazione e per combattere il liberalismo: come il savoiardo Giuseppe De Maistre (1735-1821), il francese Luigi De Bonald (1754-1840), lo svizzero Carlo Lodovico von Haller (1768-1854); ma essi appartengono alla storia delle dottrine politiche, e non è il caso di ricordarne qui più che i nomi. Dello Stahl, filosofo del diritto storicista conservatore, parleremo nel IV capitolo.

3. Hugo.

Abbiamo detto che lo storicismo giuridico non aveva alcuna connessione con le teorie del diritto di ispirazione illuministica e si presentava anzi come antitetico a queste, che concepivano il diritto come espressione della volontà del legislatore, mentre gli storicisti lo intendevano come creazione spontanea del popolo; e che perciò la via seguendo la quale esso contribuì all'affermazione del giurispositivismo fu totalmente diversa. È da aggiungere però che lo storicismo giuridico non solo agì potentemente nel distruggere il mito del diritto naturale, combattendolo, in nome della storia, come astrazione intellettualistica; ma che esso finì col condurre, attraverso la pandettistica, ad una conclusione, la cosiddetta « giurisprudenza dei concetti », che non è lontana, per molti aspetti, dalla « *jurisprudence* analitica » della scuola dell'Austin.

Questo destino dell'indirizzo storicistico della dottrina giuridica appare preannunciato da colui che è considerato — anche se non concordemente — il precursore della « scuola storica del diritto », il tedesco Gustavo Hugo (1764-1844), autore nel 1798 di un *Trattato del diritto naturale come filosofia del diritto positivo* (*Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*): il cui titolo, assai significativo, ispirò all'Austin quello

che egli diede alla propria opera, che, come si ricorderà, disse anche « filosofia del diritto positivo ».

E in effetti, come sarà per l'Austin, l'attenzione dello Hugo è per il diritto positivo, la « filosofia » del quale, secondo quanto egli dichiara proprio all'inizio del libro, è « la conoscenza razionale per mezzo di concetti di ciò che può essere diritto nello Stato »³: cioè l'elaborazione di concetti giuridici generali tratti dall'esperienza del diritto positivo, inteso quest'ultimo come il diritto dello Stato (tanto che, come farà l'Austin, egli non considera vero diritto il diritto internazionale); non però esclusivamente il diritto legislativo, bensì anche quello consuetudinario, dottrinale e giurisprudenziale⁴.

A questa considerazione positivistica del diritto, che anticipa per vari aspetti quella austiniana, lo Hugo perviene nel clima della crisi del tardo giusnaturalismo tedesco, muovendo da posizioni ancora illuministiche o kantiane ma dando sempre più ascolto ai richiami storicistici del primo romanticismo. In tale clima il diritto naturale, a cui l'opera dello Hugo ancora si intitola, è concepito soltanto come strumento per l'intendimento e la sistemazione del diritto positivo: mentre è quest'ultimo il vero diritto, in quanto è espressione della realtà storica. Unica fonte del diritto è infatti per lui la storia⁵, che giustifica ogni istituzione effettivamente realizzatasi, anche quelle fra loro antitetiche, o quelle ripugnanti alla coscienza moderna, come ad esempio la poligamia, la schiavitù o la tortura.

Nessuno dei concetti e dei valori giusnaturalistici si sottrae alla critica dello Hugo: « ciò che del diritto naturale si crede di dimostrare e di dedurre come assoluto », egli scrive, « non è meno positivo del resto »⁶; e la ridu-

³ Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlino, 1809³, p. 1.

⁴ Ivi, p. 135.

⁵ Ivi, p. 132 ss.

⁶ Hugo, *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntniss der letzten vierzig Jahre*, I, Berlino, 1828, p. 376.

zione del diritto al fatto è da lui sostenuta in maniera perfino polemica, come nell'insistente giustificazione della schiavitù. Ma un atteggiamento giusnaturalistico, in quanto razionalistico, permane nella sua opera, manifestandosi nella tendenza a porre il diritto in sistema: tendenza che egli ha in comune con i giuristi kantiani o tardi seguaci del wolfismo, e che, come vedremo, riaffiorerà nel seno della scuola storica stessa.

4. La polemica Thibaut-Savigny.

La concezione propriamente storicistica (e quindi anti-giusnaturalistica, ma non per questo positivistica in senso legalistico) del diritto appare per la prima volta precisa presso un altro giurista tedesco dell'epoca romantica, il Savigny: che risentì profondamente del pensiero dello Hugo in quanto accolse da lui la critica al giusnaturalismo, ma di cui sviluppò i motivi più profondamente storicistici. Ed è il Savigny che si può ritenere il vero iniziatore, oltre che la figura più rappresentativa, di quella che fu chiamata « scuola storica del diritto », il cui indirizzo si manifesta per la prima volta appunto in un opuscolo del Savigny del 1814, *Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza giuridica* (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*). Sulle circostanze che determinarono la pubblicazione di questo scritto occorre soffermarsi un poco, perché il conoscerle è utile a chiarire i problemi della filosofia del diritto del primo Ottocento.

I numerosi piccoli Stati in cui il territorio tedesco era diviso seguivano ancora, tranne la Prussia, il diritto giustiniano, modificato qua e là da norme locali; e la scienza giuridica tedesca si atteneva al cosiddetto *usus modernus Pandectarum*, che, nel tentativo di ricondurre al diritto romano i superstiti istituti giuridici nazionali tedeschi, alterava tanto il diritto germanico quanto quello romano, aggiungendo agli inconvenienti pratici generati, in Ger-

mania come altrove, dal diritto comune, confusione di concetti e disordine negli studi. In questa situazione nacquero nei paesi tedeschi correnti favorevoli ad un'unificazione legislativa ispirata al modello francese; ma a queste se ne opposero altre in nome della difesa dei caratteri nazionali germanici, invocati talvolta anche per proteggere privilegi e interessi che dall'egualitarismo di un codice di tipo illuministico sarebbero stati colpiti.

Del movimento propugnatore della codificazione in Germania la figura più eminente fu Antonio Federico Giusto Thibaut (1772-1840), il cui indirizzo dottrinale venne poi detto, in contrapposizione alla scuola storica, « scuola filosofica »; anche se il Thibaut non rifiutava affatto il metodo storico, limitandosi a sostenere che la realtà storica non può essere compresa se non rapportandola alla ragione: « senza filosofia », egli scriveva, « non c'è compiuta storia; senza storia non c'è applicazione sicura della filosofia »⁷.

In questo atteggiamento del Thibaut si prolungava e si perfezionava una tendenza che era già stata del giusnaturalismo prekantiano e talvolta anche di quello ispirantesi al Kant: la tendenza cioè a servirsi del sistema razionale costituito dal diritto naturale per imprimere una forma appunto sistematica al diritto positivo, come già avevano tentato di fare i wolfiani Daniele Nettelblatt (1719-1791)⁸ e Stefano Pütter (1725-1807)⁹.

Appunto una « filosofia » così intesa, un ordine razionale e sistematico, il Thibaut voleva usata nello studio scientifico del diritto positivo, come appare dal titolo stes-

⁷ Thibaut, *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Jena, 1817², I, p. 174.

⁸ Del Nettelblatt si vedano *Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis usui systematis jurisprudentiae positivae accomodatum*, e *Systema elementare universae jurisprudentiae positivae Imperii Romano-Germanici communis usui fori accomodatum*, opere entrambe del 1749.

⁹ Nell'*Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie* (1757).

so di un suo scritto giovanile, *Sull'influsso della filosofia nell'interpretazione delle leggi positive*¹⁰; egli voleva cioè, mediante una considerazione razionale del diritto storico, dare a quest'ultimo un ordine logico-sistematico: come infatti cercò di fare nella sua *Teoria dell'interpretazione logica del diritto romano*¹¹.

Nonostante la sua sensibilità riguardo alla storia, l'atteggiamento del Thibaut (per il quale « un compiuto sistema del diritto naturale è possibile e pensabile »¹²) restava così quello giusnaturalistico; ed è comprensibile che portasse alla conclusione di tutti quei giusnaturalisti dell'epoca che, preoccupati di razionalizzare il diritto positivo e di porlo in sistema, vedevano il miglior mezzo per poter giungere a ciò nella posizione di tutto il diritto da parte di una volontà razionale coordinatrice: ossia nella codificazione, grazie alla quale diviene positivo il diritto naturale stesso, nella sua perfettamente logica sistematicità.

Infatti, dopo aver difeso la codificazione napoleonica in una recensione anonima ad uno scritto del Rehberg di cui si dirà più sotto¹³, nello stesso anno 1814 il Thibaut scrisse l'opuscolo *Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania* (*Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*). Pur mosso da una fondamentale ispirazione nazionalistica, il Thibaut vi accoglieva, anche se con qualche contraddizione, l'istanza illuministica di una codificazione generale, sul presupposto dell'universalità del diritto (per lo meno di quello civile), in quanto fondato nel cuore e nella ragione dell'uomo¹⁴: « molte parti del diritto civile », egli scriveva,

¹⁰ Il già cit. *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, la cui prima ediz. è 1798-1801.

¹¹ *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* (1799).

¹² Per questa e per altre affermazioni giusnaturalistiche del Thibaut v. ancora *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze in Versuche* ecc., cit., I, p. 139 ss.

¹³ V. sotto, p. 77.

¹⁴ Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (pp. 61-62 del vol. *Thibaut und Savigny* a cura di J. Stern, Darmstadt, 1959²).

« sono per così dire soltanto una sorta di pura matematica giuridica »¹⁵. La giustificazione giusnaturalistica della codificazione era manifesta; e spiega l'immediata reazione degli storicisti antigiusnaturalisti.

La *Vocazione* del Savigny è appunto una risposta all'opuscolo del Thibaut. Mentre riconosce la validità degli scopi che questi perseguiva e dichiara di condividerli, il Savigny sostiene che il mezzo per raggiungerli non è un codice, bensì « una scienza del diritto organica e progressiva, che può essere comune all'intera nazione »¹⁶, mentre, per la diversità della situazione storica dei vari paesi tedeschi, un codice non può essere comune a tutta la Germania. Il Thibaut aveva scritto che i tedeschi non avrebbero potuto divenire felici nei loro rapporti civili fino a quando non fosse stato redatto un codice valido per l'intera Germania¹⁷; il Savigny gli risponde che il diritto adatto alla Germania nella condizione in cui storicamente si trova non è il diritto legislativo ma il diritto scientifico, il solo che possa adattarsi a tutta la nazione tedesca.

Da questa apparentemente occasionale presa di posizione del Savigny nacque la « scuola storica del diritto », che, anche se preannunciata dallo Hugo, soltanto nei suoi scritti trova definito e dichiarato il proprio indirizzo.

5. Savigny.

I principi della dottrina filosofico-giuridica di Federico Carlo von Savigny (nato a Francoforte sul Meno nel 1779, morto a Berlino nel 1861) sono espressi, oltre che nella *Vocazione* del 1814 di cui si è detto, nell'introduzione alla *Rivista per la scienza storica del diritto* (*Zeit-*

¹⁵ Ivi (p. 62).

¹⁶ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (p. 166 del vol. *Thibaut und Savigny* cit.).

¹⁷ Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit* ecc., p. 41.

schrift für geschichtliche Rechtswissenschaft), premessa al primo numero di questa (1815) col titolo *Sullo scopo di questa rivista* (*Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*). Occorrerà poi tener conto anche della parte generale dell'opera maggiore del Savigny, il *Sistema del diritto romano attuale* (*System des heutigen römischen Rechts*: 1840-1849) — in cui peraltro la dottrina dell'autore assume aspetti nuovi, di cui diremo più oltre —, nonché della giovanile *Dottrina del metodo giuridico* (*Juristische Methodenlehre*: 1802-1803).

Tipica espressione del romanticismo nel campo giuridico, il pensiero del Savigny non si contrappone solo alle idee di chi voleva « nuovi codici, che con la completezza dell'amministrazione della giustizia garantissero una certezza meccanica, in modo che il giudice, esonerato da ogni giudizio proprio, fosse limitato semplicemente all'applicazione letterale »¹⁸ — secondo l'ideale legislativo dell'illuminismo —; ma, al di là del problema particolare, risale a riconoscere i presupposti filosofici delle teorie illuministiche circa la legislazione e circa l'interpretazione del diritto: ritrovandoli in quella cultura del secolo XVIII in cui si era perduto il senso della storia e si credeva la propria epoca destinata alla realizzazione della perfezione assoluta¹⁹.

Alle tesi dell'illuminismo riguardanti il diritto, cioè alla teoria di un diritto naturale immutabile ed universale dedotto dalla ragione, il Savigny si oppone recisamente. Per lui il diritto è proprio di ciascun popolo, come il linguaggio, i costumi, l'organizzazione politica: tutti elementi connessi fra loro, che fanno di ciascun popolo che abbia coscienza di essi un individuo, e la cui origine non è accidentale e arbitraria²⁰. E, come per il linguaggio (il paragone tra diritto e linguaggio è costante nella scuola storica), « per il diritto non vi è un attimo di sosta asso-

¹⁸ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit* ecc., p. 74.

¹⁹ Ivi.

²⁰ Ivi, p. 76.

luta »²¹; esso « cresce col popolo, prende forma con esso, e alla fine muore quando il popolo ha perduto la sua personalità »²².

Con l'evolversi del popolo si evolve dunque anche il diritto, che si manifesta dapprima — come aveva osservato già il Vico — con atti simbolici in cui si esprimono esteriormente i sentimenti della collettività, e vive come consuetudine, che del diritto è la prima, spontanea forma (tanto che il Savigny la chiama, avvertendo il lettore del particolare significato che egli dà a questa espressione, « diritto naturale »²³). Più tardi a questo diritto spontaneo si sovrappone quello elaborato scientificamente dai giuristi, che tuttavia non cessa di partecipare dell'intera vita del popolo²⁴: il Savigny, che definisce « elemento politico » del diritto la connessione di esso con la vita sociale del popolo, ed « elemento tecnico » la sua « vita separata scientifica », ha cura di osservare che in entrambi i casi ciò che crea il diritto — costume e convinzione popolare prima, scienza giuridica poi — è sempre « una forza interiore operante tacitamente, non l'arbitrio di un legislatore »²⁵.

Il diritto legislativo non dovrebbe, secondo il Savigny, avere altro compito che quello di fornire un sussidio alla consuetudine, diminuendone l'incertezza e l'indeterminatezza, e portando alla luce e conservando puro il vero diritto, che è l'effettiva volontà del popolo²⁶. Esso peraltro è proprio delle epoche di decadenza giuridica, nelle quali la coscienza popolare non si sa più esprimere in modo adeguato; e di ciò è esempio la codificazione giustiniana²⁷.

Agli inconvenienti del diritto comune il Savigny propone quindi come rimedio non la codificazione, ma l'ela-

²¹ Ivi, p. 77.

²² Ivi, p. 78.

²³ Ivi.

²⁴ Ivi.

²⁵ Ivi, p. 79.

²⁶ Ivi, p. 81.

²⁷ Ivi, pp. 91-92.

borazione scientifica del diritto: che si serva del materiale storico con senso storico, e vada molto adagio nell'operare «chirurgicamente» — come aveva proposto il Thibaut²⁸ — sulla situazione giuridica del paese²⁹. E nel senso storico egli addita l'unica protezione contro la « illusione che sempre si ripete negli individui come in tutti i popoli e secoli, il ritenere comune all'umanità ciò che è proprio di noi »: come è per il diritto naturale, che è stato ritenuto espressione immediata della ragione, mentre è stato costruito in base alle istituzioni storiche mediante l'eliminazione delle loro particolarità più spiccate³⁰.

Nella polemica con il Thibaut, dalla trattazione della questione della codificazione riemerge costantemente la fondamentale posizione storicistica nella sua precisa ispirazione antirazionalistica e antigiusnaturalistica, già manifesta nell'introduzione alla *Vocazione*³¹. Come era stato per il Vico, il « diritto naturale » è per il Savigny, lo abbiamo visto, il diritto che si attua nella storia, spontanea creazione dei singoli popoli; di qui la conclusione, di cui già dicemmo parlando del Thibaut, apparentemente riferita ai contingenti problemi legislativi della Germania, ma in realtà pensata come valida in generale: per conseguire gli apprezzabilissimi fini propostisi dai fautori della codificazione — primo fra tutti la certezza del diritto — lo strumento adatto non è il codice, ma la scienza giuridica. Delle tre forme in cui il diritto si manifesta, diritto popolare spontaneo, diritto scientifico, diritto legislativo, la più valida è il diritto scientifico, proprio delle società già mature ma non ancora avviate alla decadenza.

La *Vocazione* conserva i caratteri dello scritto polemico d'occasione, e, anche se ingannevolmente, sembra riferirsi più alla particolare situazione tedesca del momento che al problema generale della natura del diritto ed a

²⁸ Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit* ecc., p. 65.

²⁹ Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit* ecc., p. 138.

³⁰ Ivi, pp. 138-139.

³¹ Ivi, p. 75.

quello del metodo degli studi giuridici; lo storicismo giuridico non vi si presenta ancora come vera e propria dottrina, anche se il Savigny ha cura di fare osservare frequentemente come le sue asserzioni si inquadrino in quella che era allora la cultura nuova, cioè la cultura romantica, di contro alle teorie razionalisticamente astratte dell'illuminismo. Ma già l'anno dopo, nella presentazione della rivista di cui si è detto, egli contrappone la scuola che ormai si diceva « storica » alle dottrine giusnaturalistiche e intellettualistiche, da lui riunite sotto l'appellativo di « scuola non-storica (*ungeschichtliche Schule*) »; e dichiara che il contrasto fra le due scuole non è solo fra due indirizzi giuridici, ma « è di natura universale e si manifesta in tutte le cose umane »³².

Ora, soggiunge il Savigny, « il problema universale è questo: in che rapporto sta il passato con il presente, ovvero il divenire con l'essere? ». Per la « scuola non-storica » ogni epoca crea il suo mondo liberamente e arbitrariamente, ed alla storia non si interessa se non come ad un elenco di esempi dei quali non è essenziale tenere conto. Per la scuola storica invece non c'è nessun momento dell'esistenza umana che stia a sé; ogni individuo è membro di una famiglia, di un popolo, di uno Stato, ed ogni epoca di ogni popolo è il proseguimento e lo svolgimento di tutti i tempi passati; un'epoca non crea il suo mondo da sola e arbitrariamente, ma in comunione inscindibile con l'intero passato: necessitata anche se in pari tempo libera, perché nascente dalla più profonda natura del popolo nella sua totalità sempre diveniente e sviluppantesi³³.

³² Savigny, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift* (1815) ora, col titolo *Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, nel vol. I delle *Vermischte Schriften*, Berlino, 1850, di cui v. pp. 108-109.

³³ Ivi, pp. 109-111.

6. La Scuola storica del diritto.

Il Savigny precisa così il nucleo propriamente filosofico della « Scuola storica del diritto », presupposto delle teorie specificamente giuridiche di essa: mentre la « scuola non-storica » sostiene che il diritto viene creato di volta in volta dall'arbitrio di persone cui compete il potere legislativo, indipendentemente da quello del tempo precedente, esso per la scuola storica è un'unità organica che si forma attraverso l'intero passato della nazione, nasce dall'intima essenza e dalla storia di questa, e non potrebbe essere diverso da quello che è³⁴.

Negli scritti del Savigny che abbiamo ricordato fin qui non appare ancora col suo nome preciso, anche se vi è presente nella sostanza, quello che diverrà uno dei concetti più caratteristici (e più discussi) della scuola storica: il concetto di « spirito del popolo (*Volksgeist*) », soggetto di tutte le manifestazioni della vita, diritto, costumi, arte, linguaggio, organizzazione politica, che da esso nascono ed in esso si unificano. Il primo Savigny parla genericamente di popolo, di nazione, di coscienza o di sentimento popolare; l'espressione *Volksgeist*, di cui anch'egli si servirà più tardi³⁵, in seno alla scuola storica fu usata per la prima volta dal Puchta³⁶, che fece di quel concetto il centro di tutta la sua dottrina. Essa era del resto familiare alla cultura del tempo, e non richiama necessariamente la filosofia dello Hegel, nelle cui opere, come vedremo, ricorre; ed a questo proposito è da osservare che, pur richiamandosi a presupposti filosofici, la scuola storica del diritto non sembra avere legami diretti con l'idealismo (anche se vi è stato chi ha creduto di riconoscervi un influsso del pensiero dello Schelling). In realtà, rapporti assai più stretti il Savigny ebbe con gli esponenti del roman-

³⁴ Ivi, pp. 112-113.

³⁵ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlino, 1840, p. 15.

³⁶ Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, 1828, I, 1 (p. 3 e *passim*).

ticismo storico e letterario, soprattutto i fratelli Grimm, il Niebuhr e l'Eichhorn.

Giorgio Federico Puchta (1797-1846) impernia dunque sul concetto di spirito del popolo la sua vasta opera *Il diritto consuetudinario* (*Das Gewohnheitsrecht*: 1828-1837), in cui la dottrina della scuola storica è elaborata e svolta con la maggiore sistematicità. Tale concetto, tipicamente romantico nella sua poetica nebulosità, è quello di un'entità spontanea che si svolge nel tempo, dando vita a tutte le creazioni umane. Quale sia il rapporto fra questa superiore entità e gli individui attraverso la cui azione essa si esplica non è molto chiaro; sia presso il Puchta, sia presso il Savigny quando anche questi ne accoglie l'idea, i reali soggetti dell'attività giuridica rimangono gli individui. Tuttavia in essi si incarna e si esprime lo spirito di ogni singolo popolo; e se una determinazione precisa del concetto di questo spirito e del rapporto di esso con gli individui da un lato, con l'umanità nel suo complesso dall'altro, non si ritrova presso i giuristi della scuola storica, è certo che questi, come tutti i romantici, sentono come realtà prima e più vera la nazione: nella nazione l'umanità si specifica e si concreta, ed essa è l'anima profonda ed autentica anche degli individui.

Al concetto di *Volksgeist* furono rivolte molte critiche per la sua indeterminatezza e per il suo carattere pressoché mitologico, che non lo rendeva atto ad essere assunto come causa prima di un processo storicamente reale. Di altre critiche la scuola storica fu oggetto per l'eccessiva importanza da essa data alla consuetudine, che considerava il diritto autentico, nei confronti del diritto legislativo, del quale non può certo dirsi che non abbia realtà storica anch'esso; ed altresì per la sua riduzione del diritto al fatto, la sua assolutizzazione del diritto storico, la sua negazione di valori superiori alla storia. Ed in effetti, per questo suo ultimo aspetto, la scuola storica è assai più « positivistica » di quanto lo sia la scuola dell'esegesi o quella di *jurisprudence* analitica: queste limitano sí la loro atten-

zione al diritto positivo e non si occupano dei valori che ad esso possano presiedere, ma non li negano, ed anzi spesso li riconoscono; lo storicismo invece, nato in deliberata opposizione al giusnaturalismo, riduce esplicitamente il valore alla storia, e non riconosce altro diritto che quello storicamente attuato, e perciò positivo; anche se da quest'ultimo il più tardo Savigny vedrà perseguito « un fine universale, che ogni popolo deve realizzare nella storia nel modo migliore », fine da lui ricondotto alla morale cristiana³⁷.

7. La pandettistica.

Tuttavia, se a proposito della scuola storica è da parlare di positivismo giuridico, ciò non è tanto per la sua riduzione storicistica del diritto al fatto quanto per un altro suo carattere, estraneo forse al Savigny della *Vocazione*, ma ben preciso presso il Puchta ed il Savigny di altri scritti: il metodo formalistico, che l'avvicina in qualche modo alla *jurisprudence* analitica, e che conduce gli storicisti a dar vita alla fine ad un tipo di scienza giuridica che, negando sostanzialmente ciò che allo storicismo era essenziale, si risolverà nella costruzione di sistemi di concetti astratti.

Come si è visto, già nella *Vocazione* il Savigny propugnava, quale alternativa alla codificazione per porre rimedio ai difetti della vita giuridica del tempo, l'elaborazione scientifica del diritto; ed in tale elaborazione, che chiamava « elemento tecnico del diritto », vedeva una spontanea e non arbitraria — e perciò legittima — forma di esso, che si sovrapponeva, ma senza alterarlo, al diritto spontaneamente creato dal popolo.

Questa elaborazione scientifica del diritto vigente — cioè, in Germania, del diritto romano — era già stata, come abbiamo visto, perseguita da molti e da tempo; ed era

³⁷ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I cit., p. 53.

precisamente ciò che avevano inteso compiere i giuristi della « scuola filosofica ». Ora a tale lavoro di sistemazione logica del diritto gli storicisti offrono un materiale assai più ricco e raffinato, con la ricostruzione, in cui eccellono grazie alla loro perizia storica, degli istituti giuridici romani; giacché nel far ciò essi, pur operando storicamente, pongono i presupposti per un'astrazione concettuale, configurando gli istituti da essi ricostruiti in concetti precisi, che tendono ad isolarsi dalla storia da cui pure son ricavati.

La tendenza ad allontanarsi dall'iniziale posizione propriamente storicistica per accogliere istanze razionalistiche affini a quelle del giusnaturalismo formalistico si accentua progressivamente, a mano a mano che la sempre più perfezionata ricostruzione storica degli istituti del diritto romano permette un'altrettanto perfezionata attuazione del programma di elaborazione scientifica, e perciò razionale, concettuale, di tale diritto, di cui ci si avvia a ricondurre i molteplici elementi ad unità logica.

Già in uno scritto giovanile del Savigny, redatto tra il 1802 e il 1803, sulla metodologia giuridica, *Juristische Methodenlehre* (molto lontano, certo, dalla concezione del diritto della *Vocazione*, ma di cui qualche motivo si riconosce anche in questa, e ancor più nel *Sistema del diritto romano attuale*), si incontravano affermazioni che, singolarmente simili a quelle del Thibaut, rivelavano un'esigenza indubbiamente razionalistica: la scienza giuridica, vi si diceva, deve « essere nello stesso tempo completamente storica e filosofica »³⁸. Ora qui, come nel caso del Thibaut, la parola « filosofico », anche se rievoca influssi illuministici, non ha significato giusnaturalistico in senso contenutistico, non sta cioè a significare che la scienza giuridica deve tener conto di valori etici: significa invece che essa deve avere carattere logico-sistematico. « Ogni sistema », soggiungeva infatti il giovane Savigny in un paragrafo il cui

³⁸ Savigny, *Juristische Methodenlehre*, ediz. Wesenberg, Stoccarda, 1951, p. 14.

titolo richiama in modo significativo quello della contemporanea opera del Thibaut³⁹, « conduce alla filosofia. La rappresentazione di un sistema totalmente storico conduce ad un'unità, ad un ideale, sul quale essa si fonda. E ciò è filosofia »⁴⁰.

L'esigenza dell'unità logica, del *sistema* (che era stata quella che nel Settecento avevano cercato di soddisfare i giusnaturalisti) era presente dunque nello stesso Savigny accanto a quella della comprensione storica del diritto (ed essa appariva infatti anche nell'opera che per prima gli conferì notorietà, la monografia del 1803 sul possesso, *Das Recht des Besitzes*, condotta con metodo tutt'altro che conforme ai successivi programmi della scuola storica); e, a distanza dalla polemica contro la codificazione, riappare nell'opera che non per nulla si presenta come *sistema* del diritto romano del tempo — cioè del diritto vigente, che era appunto il diritto romano comune —, per essere appagata da quell'affinamento concettuale degli elementi di esso di cui si è detto, che ne permette il concatenamento logico: operazione che conduce però ad abbandonare il piano storico per porsi invece su quello formale, nella ricerca dell'« intima connessione che stringe tutti gli istituti e tutte le regole di diritto in una grande unità »⁴¹.

Questa tendenza alla sistematicità intesa come concatenamento logico di concetti si ritrova fortemente accentuata presso il Puchta. Il concetto romantico di « spirito del popolo », che, come abbiamo visto, è centrale nella sua opera, gli serve per fondare quell'unità logica del sistema che, conducendo al formalismo astratto, ne nega le premesse storicistiche: « le singole proposizioni giuridiche che formano il diritto di un popolo sono collegate fra loro in

³⁹ Sull'influsso della filosofia nell'interpretazione delle leggi positive: v. sopra, nota 10.

⁴⁰ Savigny, *Juristische Methodenlehre*, ediz. cit., p. 48.

⁴¹ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I cit., p. 214; cfr. pp. XXXVI-XL.

una connessione organica, che si spiega anzitutto con la provenienza di esse dallo spirito del popolo, in quanto l'unità di questa fonte si comunica a ciò che è promanato da essa »⁴²; ed « è compito della scienza riconoscere le proposizioni giuridiche nella loro connessione sistematica, come condizionantisi reciprocamente e derivanti l'una dall'altra, per risalire la genealogia di ciascuna di esse fino al loro principio, e scendere poi dai principi fino alle loro estreme ramificazioni »⁴³. In questo consiste la scienza del diritto, che è diritto essa stessa, al pari della consuetudine e della legge: « il diritto che da essa nasce è il diritto della scienza (*Recht der Wissenschaft*) ovvero, dato che esso è portato alla luce dall'opera dei giuristi, il diritto dei giuristi (*Juristenrecht*) »⁴⁴.

Dall'approfondimento della conoscenza storica del diritto, comportato dalla teoria secondo la quale il diritto è storia, e la scienza del diritto è — come aveva detto il Savigny⁴⁵ — nient'altro che storia del diritto, la scuola storica giunge così, per contro, a propugnare ed a realizzare una scienza giuridica costituita da una « genealogia di concetti » che consente di seguire nel senso ascendente e in quello discendente la provenienza di ognuno di essi attraverso tutto il processo logico (logico, si badi, non storico) che presiede alla sua formazione: accettando l'assunto della « scuola filosofica » sua iniziale avversaria, e riprendendone i motivi intellettualistici e formalistici fino a dividerne l'astrattismo.

Questo lavoro di rielaborazione concettuale e sistematica del diritto romano, che fu detta « pandettistica », e che si precisò definitivamente col Puchta, perfezionata da giuristi posteriori, come a suo luogo vedremo, avrà

⁴² Puchta, *Cursus der Institutionen*, Lipsia, 1841, I, 1, § 15 (p. 21 della 9ª ediz., 1881); v. anche II, § 102 (p. 271 ss.).

⁴³ Ivi (p. 22).

⁴⁴ Ivi; cfr. *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, 1828, pp. 146-147, e II, Erlangen, 1837, pp. 14-15.

⁴⁵ Savigny, Recensione al *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* dello Hugo, ora in *Vermischte Schriften* cit., V, p. 2.

un'influenza determinante sull'indirizzo della scienza giuridica del secolo XIX (e, in Germania, sulla stessa legislazione), dando vita a quella che fu detta « giurisprudenza dei concetti ». Il metodo di essa — metodo essenzialmente formalistico — si eserciterà non piú soltanto sul diritto romano, ma anche sul diritto dei nuovi codici, generando una dottrina giuridica diversa sí da quella della scuola dell'esegesi, ma che rimarrà, non meno di questa, strettamente legata ai dati giuridici positivi, preoccupandosi soltanto di porre in sistema logico i concetti tratti da questi, od a questi riconducibili. Non per nulla la pandettistica tedesca, pur nata nel seno della scuola storica nemica delle codificazioni, preparerà, attraverso l'opera del suo piú insigne rappresentante, Bernardo Windscheid, la codificazione in Germania. Anche per la via dello storicismo dunque si afferma, nel secolo XIX, il positivismo giuridico.

La filosofia giuridica postkantiana

1. I giuristi kantiani.

Prima di esporre il pensiero, per ciò che riguarda il diritto, dei filosofi la cui dottrina procede da quella del Kant, è necessario far cenno di alcuni scrittori, di scarsa rilevanza filosofica perché propriamente giuristi, che tuttavia risentirono della dottrina kantiana, impostando i loro studi in una forma che, come in qualche caso abbiamo già visto, influenzò talvolta notevolmente la metodologia della scienza giuridica, e, attraverso questa, la concezione stessa del diritto di scrittori posteriori.

L'orientamento che i giuristi traggono dall'insegnamento del Kant è dapprima quello che tende ad un'elaborazione razionale del diritto positivo — vecchia aspirazione, come sappiamo, della scienza giuridica — compiuta assumendo tale diritto come elemento empirico da ordinare nelle forme *a priori* della ragione, secondo il procedimento della scienza teorizzato nella *Critica della ragion pura*. Da ciò si trapassa poi a una concezione formalistica del diritto per sé stesso, inteso, secondo l'insegnamento della *Metafisica dei costumi*, come principio *a priori* del coordinamento delle libertà degli individui, riguardante non la materia delle azioni umane, ma la forma in cui esse debbono esser compiute.

Questo trapasso al giusrazionalismo puro di ispirazione kantiana è tuttavia spesso lento e non sempre è totale. Esempi del faticoso sforzo di affrancamento dal vecchio giusnaturalismo contenutistico sono, fra le altre, le opere

di Amedeo Hufeland (1760-1817)¹, Giovanni Cristoforo Hoffbauer (1766-1827)², Carlo Enrico Gros (1765-1840)³; ma il più interessante fra questi giuristi appare, anche per la parte di primo piano che egli ebbe nella codificazione austriaca, Francesco Luigi von Zeiller (1751-1828). Questi vedeva nell'opera kantiana la conclusione di un processo storico che aveva condotto a distinguere la scienza del diritto dalle altre scienze con maggiore certezza, elevandola alla dignità di scienza vera e propria con l'introdurre in essa principi formali desunti dalla pura ragione⁴: lavoro che egli riteneva utile anche praticamente, come guida per l'interprete e per il legislatore⁵.

In effetti la teoria del diritto naturale dello Zeiller non solo funse da introduzione al codice civile austriaco del 1811 e fu a base del più celebre commento di esso⁶, ma fece penetrare nel codice principi propriamente kantiani, diversi da quelli illuministici che avevano ispirato pochi anni avanti la codificazione napoleonica: primi fra tutti l'idea razionale del diritto come coordinamento dell'azione dei singoli individui mediante quella limitazione di essa che è strettamente necessaria per assicurare la coesistenza delle libertà esterne di ciascuno, e la concezione della funzione del giudice non come pura applicazione meccanica della legge — quale la volevano gli illuministi — ma come interpretazione di essa alla luce della ragione. Fu così che permase nel codice austriaco un'apertura al diritto naturale inteso come diritto razionale: l'articolo 17 di esso stabilì che nel silenzio della legge, salvo prova contraria, ciò che è conforme ai « diritti naturali innati » sus-

¹ *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts* (1785); *Lehrbuch des Naturrechts* (1790).

² *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt* (1793).

³ *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft* (1805).

⁴ Zeiller, *Das natürliche Privatrecht*, Vienna, 1802, § 37.

⁵ Ivi, §§ 22-25.

⁶ Zeiller, *Kommentar über das allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch für den gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie* (1811-1813).

siste senza alcuna limitazione; e l'articolo 7 dispose che nei casi dubbi non risolvibili direttamente o indirettamente con i criteri forniti dal diritto positivo il giudice deve ricorrere ai « princípi fondamentali naturali del diritto », cioè al diritto posto dalla ragione, che vincola ad un tempo legislatore e giudice. In ciò l'influsso kantiano è manifesto, tanto più che il primo progetto di codice civile austriaco, il *Codex Theresianus* del 1776, aveva previsto invece, secondo le tesi illuministiche, che nei casi dubbi si ricorresse all'interpretazione da parte del legislatore.

Fra i numerosissimi giuristi che si riconnettono più o meno fedelmente alla dottrina kantiana è da ricordare Augusto Guglielmo Rehberg (1757-1836), che nega un diritto naturale di contenuto universale e perciò diritti innati anteriori al diritto positivo, ma afferma tuttavia che le definizioni logiche dei vari istituti giuridici, se riferite all'esperienza storica, acquistano valore in quanto forma di questa⁷. Le tesi del Rehberg risentono però di un'ispirazione tradizionalistica e conservatrice, che si riflette anche nella sua presa di posizione contro la rivoluzione francese e contro l'introduzione in Germania del codice napoleonico⁸: che va ricordata perché dette occasione a scritti del Fichte, di cui si dirà fra poco, e del Thibaut, di cui si è già detto.

Il Thibaut stesso, del resto, si riallaccia all'insegnamento del Kant; e così pure Giorgio Arnoldo Heise (1778-1851), autore di una celebre opera intesa a dare sistematicità al diritto romano comune⁹, la cui impostazione costituì il modello a cui si attennero più tardi i civilisti tedeschi, tanto che fu rispecchiata, a distanza di quasi un secolo, dal codice civile della Germania. Al kantismo si ri-

⁷ Del Rehberg si vedano a questo proposito le *Untersuchungen über die französische Revolution* (1793) e il vol I delle *Sämmtliche Schriften* (1828).

⁸ V. (oltre le cit. *Untersuchungen*) *Ueber den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland* (1814).

⁹ *Grundriss der Systeme des gemeinen Civilrechts, zum Behufe einer Pandektenvorlesung* (1807).

connette anche Carlo Salomone Zachariae (1769-1843), che scrisse varie opere di interpretazione logica del diritto romano vigente nella maggior parte dei territori germanici¹⁰, ma che è noto soprattutto perché compì la prima trattazione logico-sistematica del diritto del codice Napoleone¹¹, del quale i giuristi francesi non concepivano altro studio che quello esegetico, secondo l'ordine del codice stesso.

Fra i giuristi che risentirono dell'influsso kantiano merita particolare attenzione Paolo Giovanni Anselmo Feuerbach (1775-1833), che ebbe vasta fama soprattutto come penalista. Egli è decisamente polemico nei confronti del giusnaturalismo, soprattutto per l'abuso fattone dagli illuministi rivoluzionari, che per realizzare quelli che essi ritenevano diritti naturali avevano reputato legittimo instaurare un regime dispotico non diverso da quello dei sovrani assoluti « illuminati »¹²; ed anche sul piano teorico l'idea del diritto naturale gli appare insostenibile se non come un'idea della ragione, « l'unità sistematica che nella ragione sta a fondamento dell'esistenza dei doveri »¹³, e che si risolve perciò nella morale come imperativo interiore, non come massima dell'azione esterna quale è il diritto.

Ma se non lo ammette sul piano deontologico, il Feuerbach si serve del diritto naturale sul terreno logico. Per cogliere il concetto generale del diritto, definendolo nei confronti dell'ideale etico di esso da un lato, e della sua manifestazione empirica come diritto positivo dall'altro, il Feuerbach ricorre infatti a un diritto naturale inteso come diritto razionale in quanto « funzione giuridica » della ragione pratica, per la quale il diritto si pone come « pos-

¹⁰ *Grundlinien einer wissenschaftlichen-juristischen Encyklopädie* (1795); *Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts* (1805).

¹¹ *Handbuch des französischen Civilrechts* (1808).

¹² Ciò soprattutto nello scritto, pubblicato anonimo, *Ueber die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte*, Lipsia-Gera, 1795.

¹³ Ivi, p. 51.

sibilità della coazione determinata dalla ragione in ordine alla legge morale »¹⁴. L'essenza del diritto, egli conclude, consiste in una « sanzione della ragione »¹⁵ in quanto possibilità razionale della coazione: coazione che egli sostiene potersi e doversi esercitare anche contro il sovrano, a difesa della libertà degli individui quando questa sia da esso lesa; la rivoluzione viene concepita così come reintegrazione del diritto, anziché come violazione¹⁶.

Servendosi di questo concetto del diritto incentrato sulla possibilità razionale, e perciò sulla legittimità, della coazione, il Feuerbach intraprende un'opera di interpretazione e di razionalizzazione del diritto positivo, in cui, come altri giuristi kantiani, sviluppa il tentativo di sistemazione logico-scientifica di esso, spingendosi sulla via su cui si porranno ad un certo momento gli stessi giuristi della scuola storica, e che sarà percorsa alla fine dalla pandettistica. In tale lavoro di razionalizzazione formale del diritto positivo il Feuerbach tuttavia applica in momenti successivi la categoria del diritto razionale in modi diversi. Dapprima egli si rifà a un concetto del diritto naturale non differente da quello tradizionale, intendendolo come « la scienza dei diritti dell'uomo dati dalla ragione e riconosciuti dalla ragione »¹⁷, da applicare al diritto positivo affinché questo vi si adegui¹⁸; ma successivamente egli intende il diritto razionale come forma del diritto positivo inscindibile da quest'ultimo, e perciò positivo anch'esso: forma e materia, cioè appunto diritto razionale e diritto positivo, « solo nella loro armonica unione fondano entrambe l'esistenza della scienza »¹⁹.

¹⁴ A. Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona, 1796, p. 259.

¹⁵ Ivi, p. 261.

¹⁶ Così in *Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, edito anonimo nel 1798.

¹⁷ A. Feuerbach, *Kritik ecc. cit.*, p. 31; cfr. p. 42.

¹⁸ Ivi, p. 43.

¹⁹ A. Feuerbach, *Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, Landshut, 1804, p. 33.

Il Feuerbach si pone così sul terreno rigorosamente scientifico, trasferendo totalmente l'esigenza della razionalità dal piano della valutazione del diritto positivo a quello della sistemazione concettuale di esso: la ragione giuridica si attua ora nella teoria del diritto, il quale è considerato sotto la specie strettamente formale della validità, e perciò come pura legalità. Questa concezione legalistica è applicata dal Feuerbach con grande efficacia nel diritto penale, di cui egli fu uno dei più insigni teorici: la legge è il solo fondamento e il solo fine della pena, ed ogni pena deve essere stabilita soltanto dalla legge²⁰. L'istanza illuministica della certezza del diritto che, a cominciare dal Beccaria, era stata fatta valere soprattutto nel campo penale, a garanzia della libertà dell'individuo, viene così rinnovata e sviluppata nel quadro del formalismo procedente dalla dottrina kantiana.

2. Humboldt.

Con la concezione rigorosamente formale del diritto, inteso come la condizione *a priori* di una coesistenza degli individui che garantisca la libertà esterna di essi, il Kant trasmise ai suoi seguaci quella dello Stato come istituzione avente per unico fine tal garanzia: la concezione cioè dello « Stato di diritto » nel senso preciso di Stato che ha per funzione specifica ed esclusiva l'assicurazione dell'osservanza del diritto a tutela dei diritti soggettivi dei cittadini. E senza dubbio i principi kantiani agirono, insieme con altri influssi già di natura romantica, sulla dottrina politica di Guglielmo von Humboldt (1767 - 1835); principi kantiani che questi attinse (come del resto fu per molti dei giuristi di cui abbiamo parlato

²⁰ Dei numerosi scritti penalistici del Feuerbach sono da ricordare *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1799-1800); *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers* (1800); *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801).

poc'anzi e per il Fichte e lo Schelling di cui diremo fra poco) alle opere maggiori del Kant, e non a quella in cui è trattata la dottrina del diritto, la *Metafisica dei costumi*, posteriore di cinque anni all'opera politica principale dello Humboldt, le *Idee per un saggio sui limiti dell'attività dello Stato* (*Ideen zu einem Versuch, die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*), scritta nel 1792 (ma pubblicata soltanto nel 1850).

L'insegnamento kantiano che lo Humboldt fa suo è soprattutto quello del valore dell'uomo come fine in sé, con cui era giunto a conclusione l'individualismo illuministico ed in pari tempo se ne era superata l'empiricità. Da questo principio lo Humboldt è tratto a vedere nello Stato un'istituzione eticamente e giuridicamente subordinata all'individuo, la vita ed il perfezionamento del quale si sviluppano autonomamente, e la cui libertà di vita e di sviluppo non deve essere limitata.

La concezione dello Stato di diritto nel senso kantiano trova così nella dottrina dello Humboldt (che solo per questo ricordiamo qui, giacché lo studio di essa è di pertinenza della storia delle dottrine politiche) una decisa riaffermazione, resa ancor più suggestiva ed efficace da un forte senso etico dell'individualità: « la vera ragione », è detto nel *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, « non può desiderare per l'uomo nessun'altra condizione che quella in cui ogni singolo non solo goda della libertà illimitata di sviluppare sé stesso nella sua individualità, ma anche la natura fisica non riceva dalle mani dell'uomo nessun'altra forma se non quella che ogni singolo possa darle a suo arbitrio secondo la misura dei propri bisogni e delle proprie inclinazioni, con la sola limitazione delle proprie forze e del proprio diritto » ²¹.

La libera attività dell'uomo deve trovare insomma sí il suo limite nel diritto perché essa non diventi « cupid-

²¹ Humboldt, *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, II (*Gesammelte Schriften*, I, p. 111).

gia d'avere di più »²², pretesa eccessiva che compromette la sicurezza dell'esercizio dei diritti di ogni altro cittadino, ossia la « certezza della libertà conforme alla legge »²³; ma non deve essere limitata da nessun'altra azione, anche se rivolta al benessere od all'utilità dei consociati. « Principio fondamentale » del suo studio dice lo Humboldt essere questo: « lo Stato si astenga da ogni cura per il benessere positivo dei cittadini, e non vada un passo al di là di quanto è necessario per la loro sicurezza interna ed esterna; non limiti la loro libertà per nessun altro scopo »²⁴.

Nel pensiero dello Humboldt l'individualismo illuministico trapassa, attraverso la mediazione kantiana, nell'individualismo romantico; ma l'affermazione dello Stato di diritto, rivolta precipuamente contro la concezione eudemonistica e paternalistica dello Stato propria dell'assolutismo illuminato, precede ormai di poco l'apparizione di un più temibile avversario, la dottrina dello Stato etico: maturantesi anch'essa nel clima del romanticismo, nell'ambito però di filosofie il cui rinnovato razionalismo conduce a dimenticare il valore dell'individuo nell'interesse metafisico per l'Assoluto. L'opera humboldtiana, nella sua rivendicazione del valore etico del singolo, è ancora sintesi delle istanze illuministiche e di quelle romantiche: la visione del rapporto tra individuo e Stato che è al centro di essa appare quella rappresentata dalle parole di un poeta connazionale e contemporaneo dello Humboldt, Federico Hölderlin, alle origini anch'egli del romanticismo: « sempre l'uomo ha fatto dello Stato un inferno perché ha voluto farne il suo paradiso »²⁵.

²² Ivi, IV (p. 133 nota).

²³ Ivi, IX (p. 179).

²⁴ Ivi, III, 7 (p. 129).

²⁵ Hölderlin, *Hyperion*, I (*Sämtliche Werke und Briefe*, II, Lipsia, 1914, p. 43).

3. Reinhold.

Abbiamo parlato finora di giuristi o di scrittori politici. Tra i filosofi seguaci del Kant, o che presero le mosse dalla sua dottrina, è da ricordare Carlo Leonardo Reinhold (1758-1823), attorno al quale si formò a Jena il centro di studi da cui si svilupparono le dottrine dei maggiori filosofi tedeschi del primo Ottocento, ed il cui pensiero già preannuncia la risoluzione idealistica del noumeno kantiano nella coscienza del soggetto. Per ciò che concerne la filosofia giuridica, il Reinhold respinge le teorizzazioni del diritto naturale, negando che possa pensarsi un diritto il cui contenuto non sia empirico; e per contro assegna al diritto razionale formalisticamente inteso una funzione unificatrice del diritto positivo in senso logico-sistematico. Per lui, kantianamente, il diritto stabilisce un equilibrio, garantito dalla coazione, tra le possibilità d'azione degli individui tendenti al perseguimento dei propri interessi; come rappresentazione formale di tale equilibrio fra le azioni reciproche dei singoli secondo una legge di libertà, è quindi possibile una scienza sistematica del diritto ²⁶.

4. Il primo Fichte: diritti innati e contratto sociale.

Chi, fra i discepoli del Kant, sviluppò decisamente in senso idealistico la « rivoluzione copernicana » del maestro, concependo la realtà oggettiva, il non-io, come posizione, metafisicamente ed eticamente necessaria, da parte del Soggetto inteso come Io assoluto, fu Giovanni Amedeo Fichte, nato a Rammenau nel 1762 e morto a Berlino nel 1814: pensatore fra i maggiori, ma del quale noi dovremo limitarci, secondo il nostro assunto, ad esporre

²⁶ Del Reinhold si vedano *Ehrenrettung des positiven Rechts e Ehrenrettung des Naturrechts*, entrambe nel periodico *Der neue deutsche Merkur* del 1791; ed inoltre la lettera VI del vol. II dei *Briefe über die Kant'sche Philosophie*, Lipsia, 1792, p. 193.

la dottrina riguardante il diritto, che resta relativamente marginale nel quadro della sua filosofia.

Nello sviluppo di tale dottrina si distinguono nettamente due fasi, l'una ancora di ispirazione giusnaturalistica e individualistica, l'altra che del giusnaturalismo e dell'individualismo si presenta come l'antitesi; ma la stessa prima fase potrebbe forse suddividersi in altre due, di cui una può addirittura annoverarsi fra le manifestazioni del giusnaturalismo individualistico più radicale. Ne sono espressione due opere politiche e polemiche composte nel clima della rivoluzione francese, mentre un'altra opera, puramente teorica, riflette il giusnaturalismo kantiano.

I due scritti polemici del giovane Fichte sono la *Rivendicazione della libertà di pensiero nei riguardi dei principi d'Europa, che finora l'hanno conculcata* (*Zurückforderung der Denkfreiheit von den Fürsten Europens, die sie bisher unterdrückten*) e il *Contributo alla rettificazione dei giudizi del pubblico sulla rivoluzione francese* (*Beitrag zur Berichtigung der Urtheile des Publicums über die französische Revolution*), entrambi apparsi nel 1793. Il primo, che ebbe per occasione la proibizione per opera della censura prussiana della seconda parte della *Religione nei limiti della sola ragione* del Kant, si richiama alla concezione della società civile secondo la quale questa si fonda sul contratto tra i suoi singoli membri perché (e qui è evidente l'influsso del Rousseau) « è assolutamente contrario al diritto farsi imporre leggi da un altro invece che da sé stesso »²⁷. In tale contratto i soci non possono rinunciare che ai loro diritti *alienabili*, relativi cioè alle azioni che la legge morale semplicemente *permette*; perché vi sono diritti invece *inalienabili*, posti dalla legge morale, come la libertà e la personalità, a cui l'uomo non può rinunciare senza rinunciare con ciò alla sua natura di

²⁷ Fichte, *Rivendicazione della libertà di pensiero nei riguardi dei principi d'Europa, che finora l'hanno conculcata*, in *Sämmtliche Werke*, ediz. I. H. Fichte, VI, p. 13.

uomo²⁸, e che lo Stato quindi non può mai limitare giacché non sono oggetto del contratto da cui esso trae la sua legittimità²⁹.

L'argomento contrattualistico di tipo rousseauiano si congiunge così con quello, che risale a Tomasio, della distinzione tra diritto e morale prospettata come motivo per escludere l'intervento del potere pubblico nel campo della seconda. Siamo dunque in pieno clima giusnaturalistico, anche se di un giusnaturalismo in cui all'elemento individualistico si accompagna, e già tende a prevalere su esso, l'elemento eticistico attinto al Rousseau e che si alimenta dell'idea kantiana della morale come autonomia.

Non diverso è lo spirito del secondo scritto, rivolto contro le critiche del Rehberg alla rivoluzione francese³⁰: l'uomo è per sua natura — kantianamente — un fine in sé, e possiede valore assoluto indipendentemente dal riconoscimento che ne faccia lo Stato, ed anteriormente (sul piano logico, non certo su quello storico) all'esistenza stessa di questo. Lo « stato di natura », la condizione prestatuale del cui concetto si erano serviti, in vario modo, i giusnaturalisti, è quello in cui vige la legge morale, che è, in quanto legge della ragione, la legge della *natura*, cioè dell'essenza dell'uomo³¹. Entro il cerchio (il Fichte dà di questa sua teoria proprio una rappresentazione grafica, illustrandola con una figura costituita da quattro cerchi concentrici³²) della legge morale, cioè della coscienza, relativa all'uomo come soggetto avente valore assoluto, v'è il cerchio del diritto naturale, relativo ai singoli soggetti empirici; più interno ancora è il cerchio del « diritto contrattuale », relativo all'uomo come membro della società; ed infine v'è il cerchio del diritto dello Stato, fondato su quel particolare contratto che è il contratto sociale.

²⁸ Ivi, pp. 11-12.

²⁹ Ivi, p. 13 ss.

³⁰ V. sopra, p. 77.

³¹ Fichte, *Contributo alla rettificazione dei giudizi del pubblico sulla rivoluzione francese*, I, in *Sämmtliche Werke*, VI, p. 82.

³² Ivi, III (pp. 132-133).

Il diritto dello Stato vien dunque ultimo, e non può essere in contrasto con ciò che logicamente lo precede e quindi lo legittima, che è, in ultima istanza, la libertà dell'uomo, solo soggetto di eticità e perciò solo valore. Da queste premesse etiche, in cui si fondono le posizioni del giusnaturalismo con quelle dell'eticismo assoluto kantiano, il Fichte non esita a trarre le conseguenze politiche più radicali, fino all'affermazione del diritto di rivoluzione: giungendo, al di là del liberalismo, fino alle soglie dell'anarchismo³³.

5. Il diritto naturale nella « prima dottrina della scienza » fichtiana.

A tre anni di distanza dai due scritti sulla libertà di pensiero e sulla rivoluzione, il pensiero filosofico-giuridico del Fichte non si allontana ancora dal giusnaturalismo. Il *Fondamento del diritto naturale* (*Grundlage des Naturrechts*: 1796-1797), contemporaneo alla *Metafisica dei costumi* del Kant, è chiaramente di ispirazione kantiana; e le posizioni etico-metafisiche proprie del Fichte, che già vi si riconoscono, non allontanano ancora il filosofo, in questa prima fase del suo pensiero (che è quella della cosiddetta « prima dottrina della scienza »³⁴), da un individualismo liberale di ispirazione giusnaturalistica e kantiana.

La filosofia del diritto del Fichte si innesta ora però nella sua metafisica dell'Io come attività libera ed infinita, creatrice di ogni altra realtà. Postosi come fine in sé, l'Io pone necessariamente come fini in sé, dialetticamente, gli altri: giacché il soggetto come essenza razionale può,

³³ Ivi (pp. 147-296).

³⁴ Cioè quella della filosofia esposta nel *Fondamento dell'intera dottrina della scienza* (*Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre*) del 1794 (in *Sämmtliche Werke*, I); da cui si distacca sensibilmente la « seconda dottrina della scienza », contenuta nell'*Esposizione della dottrina della scienza dell'anno 1801* (*Darstellung der Wissenschaftslehre aus dem Jahre 1801*) (in *Sämmtliche Werke*, II).

per il Fichte, pensarsi ed essere soltanto in quanto acquisiti coscienza di sé come *io* attraverso la coscienza dell'attività, che gli si contrappone, di altri³⁵. Da questa necessità, e dalla coscienza che il soggetto ha di essa, nasce il concetto di coesistenza, e di reciproca limitazione, di esseri ugualmente liberi e ragionevoli riconoscentisi come tali: « io devo », scrive il Fichte, « riconoscere sempre come tale l'essenza libera fuori di me, ossia limitare la mia libertà mediante il concetto della possibilità della libertà di quella. La relazione tra esseri ragionevoli così dedotta, per la quale l'uno limita la propria libertà mediante il concetto della possibilità della libertà dell'altro a condizione che questo limiti del pari la propria mediante quella del primo, si chiama relazione giuridica (*Rechtsverhältnis*); e la formula testè enunciata costituisce la massima del diritto (*Rechtssatz*) »³⁶. Il concetto del diritto ha infatti per oggetto « una comunità fra esseri liberi in quanto tali »³⁷.

In questa « relazione giuridica » si ha dunque la condizione metafisica stessa dell'individualità, in quanto appunto il Soggetto assoluto si fa individuo nel rapporto con gli altri, che esso riconosce come soggetti: nel diritto, riconoscimento reciproco della loro libertà, le nature ragionevoli finite si riconoscono infatti come tali³⁸. Da questa condizione metafisica dell'io come individuo, o persona, discende ciò che il Fichte chiama « diritto originario (*Urrecht*) », e che definisce come « il diritto assoluto della persona ad essere puramente causa nel mondo sensibile, e mai effetto »³⁹. Così il tema giusnaturalistico dei diritti innati si innesta — anche se temporaneamente — nella metafisica idealistica fichtiana, tanto che di tipico

³⁵ Fichte, *Fondamento del diritto naturale*, 3, in *Sämmtliche Werke*, III, pp. 30-40.

³⁶ Ivi, 4 (p. 52).

³⁷ Ivi, Introduzione, II (p. 9), e, più ampiamente, 7 (pp. 85-91).

³⁸ Ivi, 4-5 (p. 41 ss.).

³⁹ Ivi, 10 (p. 113).

carattere giusnaturalistico sono i diritti che il Fichte afferma innati: la libertà fisica, la proprietà, la conservazione della persona ⁴⁰.

I diritti originari dell'individuo sono, in questa prima fase del pensiero fichtiano, anteriori allo Stato, il quale è concepito come strumento della coattività che il diritto comporta perché siano rispettate le libertà di ciascuno ⁴¹; ma il Fichte, che aveva già rilevato come di per sé il concetto di diritto innato sia un'astrazione, e come di diritti non si possa parlare se non relativamente a una società ⁴², precisa che il diritto naturale tradizionalmente inteso non esiste, e che rapporti giuridici non possono esser pensati se non con riferimento a leggi positive. O gli uomini, egli dice, si comportano fra loro sulla base della reciproca fiducia, ed allora non si ha giuridicità ma moralità; o, altrimenti, occorre che le regole di comportamento siano fatte valere coattivamente, ed allora si ha sì giuridicità, ma si tratta di diritto positivo e non di diritto naturale ⁴³.

Traspare insomma già, pur in questa fase sostanzialmente giusnaturalistica e kantiana della filosofia giuridica del Fichte, il sospetto dell'astrattezza del giusnaturalismo; e la seconda parte del *Fondamento del diritto naturale*, dedicata al « diritto naturale applicato » (apparsa nel 1797, a un anno di distanza della prima), è dominata dalla preoccupazione di trattare del diritto naturale in quanto fatto proprio dallo Stato mediante il contratto sociale (*Staatsbürgervertrag*).

Certo sussiste anche in questa seconda parte la visione kantiana dello Stato di diritto, puro custode dei diritti dei cittadini, già prospettata nell'ultimo capitolo della prima ⁴⁴, ma qualche preannuncio vi si può riconoscere

⁴⁰ Ivi, 11 (pp. 113-119).

⁴¹ Ivi, 12-15 (pp. 120-149).

⁴² Ivi, 9 (pp. 111-112).

⁴³ Ivi, 15 (pp. 148-149).

⁴⁴ Ivi, 16 (pp. 150-187). In tale paragrafo il Fichte prevede (p. 171 ss.), a garanzia della legalità dell'attività dello Stato, un'istituzione, simile ad una corte costituzionale, a cui dà il nome di « eforato » (*Ephorat*):

del trapasso a quella totalmente diversa concezione del rapporto fra individuo e Stato che caratterizzerà la seconda fase del pensiero fichtiano: lo Stato vi è affermato sí ancora garante dei diritti dell'individuo, ma in un senso che oltrepassa già sensibilmente le posizioni dell'individualismo politico liberale. Il contratto sociale vi è concepito come « contratto di proprietà (*Eigentumsvertrag*) » per il quale « ognuno pone tutta la sua proprietà come pegno della sua volontà di non ledere la proprietà di tutti gli altri »⁴⁵; però a questo patto che impegna tutti i contraenti ad una semplice astensione se ne accompagna un altro, il « contratto di protezione (*Schutzvertrag*) » che impegna i cittadini a tutelare attivamente, positivamente, i reciproci diritti⁴⁶. Non solo: dal contratto stesso di proprietà deriva che ciascuno deve poter vivere col proprio lavoro, tanto che, se qualcuno non ne è in grado, e perciò non ha ciò che gli spetterebbe, non è più vincolato dal contratto, ossia obbligato dal diritto, a riconoscere la proprietà altrui⁴⁷. Pur servendosi degli strumenti logici del giusnaturalismo, come il concetto di contratto sociale, e pur conservando ancora le teorie tipiche di esso, come quella dello Stato tutore dei diritti innati, il Fichte si è già avviato ad oltrepassare la visione giusnaturalistica del rapporto tra individuo e società.

6. Diritto e Stato nella « seconda dottrina della scienza ».

La deduzione, di cui abbiamo detto, della società come coesistenza di esseri liberi compiuta dal Fichte nel *Fondamento del diritto naturale* non era in realtà coerente con la sua metafisica, anche se egli si sforzava di in-

cioè quello stesso che tre anni dopo fu dato da Mario Pagano all'istituzione sostanzialmente analoga da lui proposta nel suo progetto di costituzione per la Repubblica Partenopea (v. vol. II, p. 382).

⁴⁵ Ivi, 17 (p. 196).

⁴⁶ Ivi (pp. 197-201).

⁴⁷ Ivi, 18 (p. 213).

quadrarla in essa; assai più che al suo soggettivismo assoluto ed al suo eticismo quella teoria era ancora vicina all'individualismo giusnaturalistico perdurante nella dottrina del diritto kantiana.

Giusnaturalistico e kantiano era, corrispondentemente, un punto preliminare di essa: la distinzione fra diritto e morale. Il concetto del diritto, scriveva il Fichte nel *Fondamento*, non ha nulla che fare con la legge morale; il dovere morale è assolutamente antitetico al dovere giuridico. « La legge morale ordina il dovere categoricamente; la legge giuridica permette soltanto, ma non comanda mai, che si eserciti il proprio diritto, e il diritto spesso permette comportamenti che dalla morale sono proibiti »⁴⁸. Inoltre, mentre la moralità dell'azione è determinata dalla bontà della volontà, nel campo del diritto la volontà non ha rilevanza; il diritto è fatto valere coattivamente, indipendentemente da una volontà buona⁴⁹.

Ma in una dottrina idealistica, quale quella che il Fichte veniva sviluppando nel superare le premesse kantiane da cui aveva preso le mosse, la distinzione fra morale e diritto non era, in realtà, sostenibile: il diritto non poteva non risolversi nell'eticità, vita totale dell'Io assoluto. La deduzione dialettica degli io singoli, soggetti della « relazione giuridica », che era al centro del *Fondamento*, non si conciliava con la concezione del Soggetto assoluto, perché l'altro-da-sé che questo pone non può essere del pari soggetto. Senza che il Fichte lo dichiari, e fors'anche senza che egli lo avverta, comincia già con lui a delinarsi quella che sarà la grande difficoltà in cui verrà sempre a trovarsi, a proposito del diritto, l'idealismo assoluto: il problema cioè della realtà degli io singoli — tra i quali soli può aver luogo e senso il diritto —, una volta che si sia posta la premessa che gli io singoli, gli io empirici, rispetto all'Io trascendentale sono non-io, e quindi non-realtà.

⁴⁸ Ivi, 4 (p. 54).

⁴⁹ Ivi.

E' comprensibile perciò che, evolvendosi e chiarificandosi il suo pensiero, il Fichte si allontanasse dalle posizioni del *Fondamento*. Nel clima della reazione all'occupazione della Germania da parte dei francesi, invasori in nome delle idee giusnaturalistiche della rivoluzione, e del risveglio del sentimento nazionale germanico (che gli ispirò i celebri *Discorsi alla nazione tedesca*), il Fichte aveva maturato quella che vien detta « seconda dottrina della scienza », fortemente colorata di romanticismo e di storicismo. Nel quadro di essa, abbandonata la distinzione tra diritto e morale che comportava il riconoscimento dell'autonomo valore del diritto e quindi degli individui, egli giunge al ripudio totale dell'individualismo, del giusnaturalismo e del liberalismo illuministici e kantiani; e subordina interamente l'individuo allo Stato, tendendo a vedere in quest'ultimo, secondo quella che sarà una costante conclusione dell'idealismo assoluto, l'eticità, cioè l'attuazione dell'assoluto valore.

Questo è infatti lo spirito dell'opera prediletta del Fichte, *Lo Stato commerciale chiuso* (*Der geschlossene Handelsstaat*: 1800). Ivi è abbandonata la concezione dello Stato come luogo della coesistenza delle libertà dei singoli, strumento di protezione dei diritti dell'individuo; il Fichte auspica ora, pur trattando dell'argomento soprattutto sul piano economico, uno « Stato secondo ragione », in cui il valore è trasferito dall'individuo allo Stato. L'individuo non è più il titolare di diritti spettantigli per la sua intrinseca essenza, che lo Stato deve soltanto proteggere: compito dello Stato è, prima che il tutelare il « suo » di ciascuno, il « dare a ciascuno il suo »⁵⁰; e questo « suo » il cittadino non lo possiede prima che lo Stato glielo abbia attribuito secondo ragione, e cioè nella stessa misura in cui lo ha attribuito agli altri⁵¹.

Allo Stato vengono così a competere funzioni che il

⁵⁰ Fichte, *Lo Stato commerciale chiuso*, I, 1, Introduzione (*Sämtliche Werke*, III, p. 398).

⁵¹ Ivi, I, 1, § 2 (pp. 402-403).

giusnaturalismo liberale non avrebbe mai concepito: dapprima nel campo economico, in quanto esso deve organizzare e distribuire il lavoro e regolare i commerci. Ma questo perché ciò che nella prima dottrina della scienza era il diritto — kantianamente distinto dalla morale —, pertinenza dell'individuo, e dallo Stato semplicemente protetto, si è risolto adesso nell'eticità, che nello Stato si incarna: lo Stato, come nella *Repubblica* di Platone ed in altre utopie, è concepito come perfetto, ed assume, conformemente al principio idealistico dell'identità della storia con il valore, il carattere di Stato etico, presentandosi come una sorta di Stato socialistico, fondato sul principio della totale autarchia economica e chiuso (dove il titolo dell'opera) a qualsiasi commercio con l'estero ⁵².

Come in metafisica segna il passaggio dal criticismo kantiano all'idealismo, così nella filosofia giuridica e politica il pensiero definitivo del Fichte segna il tramonto del giusnaturalismo, che nella dottrina del Kant aveva trovato la sua più perfezionata elaborazione. L'autonomia della categoria giuridica, che del giusnaturalismo era stata, da Grozio al Kant, il motivo fondamentale, condizione di tutti gli altri, vien meno; e nell'eticità, realizzazione metafisica ed insieme storica del Soggetto assoluto, in cui individuale ed universale, e perciò diritto e morale, intimamente si fondono, e che si attua nello Stato, l'individuo, dal giusnaturalismo affermato soggetto autonomo di diritti eterni, si annulla nell'atto in cui lo si proclama invero nel più vero valore.

7. Schelling.

Come il Fichte, così anche il secondo dei grandi idealisti tedeschi dell'Ottocento, Federico Guglielmo Giuseppe Schelling (1775-1854), nella sua filosofia giuridica ma-

⁵² Ivi, III, 1 (p. 476).

nifesta dapprima convincimenti decisamente individualistici, mentre più tardi giunge ad affermare, ed ancor più esplicitamente del Fichte, il valore etico dello Stato e perciò la subordinazione ad esso dell'individuo.

In uno dei suoi primi scritti, la *Nuova deduzione del diritto naturale* (*Neue Deduktion des Naturrechts*), che è del 1796-1797, contemporaneo quindi alla *Metafisica dei costumi* del Kant ed al *Fondamento del diritto naturale* del Fichte, lo Schelling poco più che ventenne si pone il problema del « principio supremo » del diritto per poterne dedurre i « diritti originari (*ursprüngliche Rechte*) »; e nella ricerca di tale principio muove dall'imperativo morale, che all'uomo è dettato, di divenire un essere in sé, assolutamente libero, autonomo nel senso kantiano: il che equivale, semplicemente, ad essere⁵³. Tale illimitata libertà compete a tutti gli esseri morali⁵⁴, i quali peraltro non hanno ancora tutti pienamente attuato la moralità, e perciò nel loro tendere empirico ad essa contrappongono gli uni agli altri le proprie libertà⁵⁵. È moralmente necessario perciò che l'individualità empirica di ogni uomo possa coesistere con quella di tutti gli altri⁵⁶, e che il volere universale di tutti gli esseri morali limiti il volere empirico di ogni singolo individuo « in modo che il volere di tutti gli altri possa contemporaneamente coesistere col suo »⁵⁷. L'ispirazione kantiana è evidente, come lo era nel *Fondamento* del Fichte.

La morale (*Moral*), cioè il comando di essere come essere in sé, si articola in ciò che lo Schelling chiama « etica (*Ethik*) » e nel diritto. L'« etica » si riferisce al rapporto che deve intercorrere tra gli esseri morali perché non si ostacolino reciprocamente nel tendere al fine assoluto, or-

⁵³ Schelling, *Nuova deduzione del diritto naturale*, 3-6 (*Werke*, I, pp. 171-172).

⁵⁴ Ivi, 15 (p. 174).

⁵⁵ Ivi, 18-23 (pp. 174-175).

⁵⁶ Ivi, 29 (p. 176).

⁵⁷ Ivi, 30 (p. 176).

dinando le volontà individuali alla volontà universale⁵⁸: nel far questo, l'etica esige l'universalità del volere *secondo la materia* di esso, cioè secondo ciò che per opera di esso accade, e si manifesta quindi come *comando* (che limita la volontà appunto quanto alla materia)⁵⁹.

La proposizione che invece afferma l'individualità del volere *secondo la forma*, cioè esprime la possibilità di agire, e che stabilisce così ciò che è *giusto*, ossia appunto moralmente *possibile*, costituisce il diritto: il diritto è « tutto ciò che è in accordo con la forma del volere in assoluto, ossia (il che è lo stesso) con la forma della volontà universale »⁶⁰. Perciò « supremo principio di ogni filosofia del diritto sarebbe questo: io ho un diritto a tutto ciò per cui affermo l'individualità del mio volere secondo la forma; oppure: io ho un diritto a tutto ciò che è in accordo con la forma del volere in assoluto »⁶¹. « L'etica », afferma ancora lo Schelling, « risolve il problema della volontà assoluta col rendere la volontà individuale identica a quella universale; la scienza del diritto, col rendere la volontà universale identica a quella individuale »⁶². In altre parole, l'etica, che esprime doveri, esige che la volontà individuale non contraddica quella universale; il diritto, che esprime facoltà, esige che la volontà universale si realizzi in quella individuale.

La conclusione della *Nuova deduzione*, nonostante l'impostazione già permeata dell'eticismo idealistico, resta individualistica, e dà modo infatti allo Schelling di dedurre dialetticamente dal principio del diritto com'egli lo ha formulato i diritti innati tradizionali, libertà, uguaglianza, proprietà⁶³; non allontanandosi apparentemente dalle posizioni giusnaturalistiche, che egli sembra condividere

⁵⁸ Ivi, 31-45 (pp. 176-179).

⁵⁹ Ivi, 49-66 (pp. 180-183).

⁶⁰ Ivi, 67 (pp. 183-184).

⁶¹ Ivi, 68 (p. 184).

⁶² Ivi, 72 (p. 185).

⁶³ Ivi, 140 (p. 199).

anche quanto alle premesse etico-metafisiche, muovendo, non diversamente dal Kant e dal primo Fichte, dal problema della coordinazione delle libertà di individui concepiti come fini in sé.

Senonché, pervenuto alla sua maturità filosofica, lo Schelling trapassa a tutt'altro atteggiamento. Lo si può osservare già nella sua opera maggiore, il *Sistema dell'idealismo trascendentale* (*System des transzendentalen Idealismus*: 1800) in cui è esposta la dottrina secondo cui lo spirito è un momento dello svolgimento dell'Assoluto, il quale, postosi dapprima come natura, cioè realtà non cosciente, progressivamente acquista coscienza, facendosi appunto spirito. Questo processo di sviluppo verso un fine supremo è metafisicamente necessario, e la libertà dello spirito è libertà che è in pari tempo necessità, libertà dell'Assoluto nella sua universalità, non libertà degli individui empirici. Nel mondo dello spirito (che è la storia) in cui si celebra questa libertà metafisica, l'individuo è subordinato al tutto, come esige la razionalità assoluta immanente al processo di progressiva attuazione del fine supremo.

In armonia con una siffatta concezione, anche il formarsi dell'organizzazione giuridica della società è veduto come un processo di libertà che è insieme necessità universale: il processo stesso della storia, che si concluderà con l'attuazione dell'Assoluto⁶⁴. Già prospettata nel *Sistema dell'idealismo trascendentale*, questa teoria è svolta con più preciso riferimento al tema giuridico-politico nella decima della *Lezioni sul metodo degli studi universitari* (*Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums*: 1802): nel processo universale dell'Assoluto, come nella natura si producono in uno svolgimento necessario i vari generi e le varie specie, così nel mondo dello spirito, ossia della storia, prendono forma le varie isti-

⁶⁴ Schelling, *Sistema dell'idealismo trascendentale*, IV, 3 (*Werke*, II, pp. 583-604).

tuzioni, il cui sviluppo culmina nello Stato, « organismo oggettivo della libertà »⁶⁵.

Nello Stato si attua così l'armonia di necessità e di libertà, di individuale e di universale, in quanto tutte le volontà particolari si unificano in uno stesso ordine, che è l'ordine giuridico, determinazione ultima e necessaria, nel mondo storico, della ragione immanente alla realtà. In tale conclusione, ogni considerazione dell'individuo come valore autonomo è abbandonata; ed anche ogni concezione della ragione come coordinatrice di libertà individuali. La libertà di cui è « organismo » la struttura giuridica dello Stato è la libertà assoluta, che si identifica con l'assoluta necessità metafisica, e che in quanto tale è solo dell'Assoluto. Lo Stato, l'organizzazione giuridica, è esso il fine in sé, il fine assoluto che trascende, nell'atto in cui li risolve in sé, tutti i fini particolari, e perciò anche gli individui, non più fini in sé, bensì aventi valore soltanto in quanto inseriti nell'ordine universale che si realizza nello Stato. Lo Schelling è pervenuto ormai all'idea dello Stato etico, preannunciante — come per altro verso lo « Stato commerciale chiuso » del Fichte — quella logica conclusione dell'idealismo in questo campo che sarà tratta con rigorosa coerenza, non molto più tardi, dallo Hegel.

8. Krause.

Di ispirazione schellinghiana è per molta parte la filosofia, da lui denominata « panenteismo », di Carlo Cristiano Federico Krause (1781-1832): autore, fra l'altro, di un *Fondamento del diritto naturale* (*Grundlage des Naturrechtes*: 1803), di un *Compendio del sistema della filosofia del diritto, ovvero del diritto naturale* (*Abriss des Systems der Philosophie des Rechts, oder des Naturrechts*: 1828), e di un *Sistema di filosofia del diritto* (*Das*

⁶⁵ Schelling, *Lezioni sul metodo degli studi universitari*, 10 (*Werke*, III, p. 334).

System der Rechtsphilosophie, edito postumo nel 1874 dal discepolo Röder).

Di non grande originalità, ed esposta con terminologia oscura, la filosofia giuridica del Krause, che si distacca tanto dall'individualismo quanto dall'universalismo del secondo Fichte e dello Hegel, tende ad attenuare la distinzione fra diritto e morale: la scienza del primo e quella della seconda studiano unitamente le condizioni esteriori ed inferiori dell'attuazione della vita secondo ragione, in quanto queste possano essere prodotte dall'attività libera dell'uomo.

Il Krause ebbe largo seguito in Spagna, dove il suo pensiero diede luogo al movimento culturale detto « krausismo »; ma nel campo della filosofia del diritto i suoi due maggiori discepoli furono i tedeschi Davide Augusto Röder ed Enrico Ahrens, che godettero — soprattutto il secondo — di vasta notorietà.

9. Stahl.

Del pensiero dello Schelling, oltre che delle dottrine conservatrici fiorite nel clima della Restaurazione e di quelle della scuola storica del diritto, risentì Federico Giulio Stahl (1802-1861), della cui opera *La filosofia del diritto* (*Die Philosophie des Rechts*: 1830-1837) è particolarmente nota la prima parte dedicata alla storia della filosofia del diritto, che, tradotta in varie lingue, costituì a lungo la fonte a cui attinsero, talvolta con eccessiva fiducia, i successivi scrittori di tale storia.

Luterano rigidissimo, lo Stahl professa uno spiritualismo religioso che, dalla critica storicistica al giusnaturalismo, lo conduce su posizioni conservatrici, per non dir reazionarie. Il principio fondamentale del diritto non è per lui l'idea di libertà bensì quella di ordine; non esistono diritti innati dell'individuo; l'ordine oggettivo a cui i diritti soggettivi si ricollegano e da cui dipendono non è quello della ragione ma un ordine etico-religioso che lo

Stahl identifica con la morale cristiana tradizionale (la parte teorica della sua opera ha per sottotitolo *La dottrina del diritto e dello Stato sulla base di una visione cristiana della realtà*). Ciò è conforme ad una delle tendenze del romanticismo, nel quadro del quale, pur se all'estrema ala conservatrice, si inserisce l'antirazionalismo e l'antigiustnaturalismo di questo giurista; la cui reazione al pensiero illuministico va tuttavia alquanto oltre quella dello storicismo giuridico romantico, così che non appare esatto comprenderlo — come alcuni fanno, e come per certi aspetti della sua dottrina sarebbe possibile — nella scuola storica del diritto.

10. *Herbart.*

Benché fosse stato discepolo del Fichte a Jena, assunse una posizione antitetica all'idealismo Giovanni Federico Herbart (1776-1841), che, pur accettando la distinzione kantiana fra fenomeno e noumeno, professò una dottrina realistica, per la quale il soggetto pensante è, rispetto alla realtà oggettiva, sostanzialmente passivo. Lo Herbart può interessare la storia della filosofia giuridica per la sua singolare tesi che fonda il diritto sul piacere estetico: « la validità e la santità di ogni diritto », egli scrive, « si fondano sul fatto che la contesa (*Streit*) dispiace »⁶⁶. Di ciò lo Herbart pensa di trovar conferma nell'origine storica del diritto naturale, in quanto questo fu concepito da Grozio (che egli ne ritiene, secondo la tradizione affermata nel Settecento, il primo teorizzatore) per opporsi alla guerra⁶⁷.

⁶⁶ Herbart, *Lehrbuch zur Einleitung in die Philosophie*, Königsberg, 1813, § 93.

⁶⁷ Ivi, nota.

Hegel

1. Vita e opere.

Lo svolgimento in senso idealistico delle premesse poste dal Kant col fare del Soggetto pensante il legislatore della realtà si conclude con la grandiosa sintesi dello Hegel, che tale svolgimento conduce alla sua conseguenza estrema, identificando l'essere stesso con il pensiero.

Giorgio Guglielmo Federico Hegel nacque a Stoccarda nel 1770, e già negli anni giovanili, trascorsi come studente di teologia a Tubinga e poi come precettore a Berna e a Francoforte, si trovò immerso nel fervido moto d'idee che agitava la Germania del tempo; trasferitosi quindi a Jena, la cui università, con il Reinhold, con il Fichte, e da ultimo con lo Schelling, era divenuta il centro della filosofia idealistica, accentuò e precisò i suoi interessi filosofici, assumendo dapprima una posizione assai prossima a quella schellinghiana, ma sviluppando ben presto un proprio originale pensiero.

Questo venne manifestandosi in campi diversi, ma si orientò sempre più verso la costruzione di un sistema: che era ciò che dello Hegel costituiva la vocazione filosofica più profonda. Di ciò è documento, tra gli altri, uno scritto rimasto a lungo inedito, il *Sistema dell'eticità* (*System der Sittlichkeit*), redatto nel 1802, che è per noi di particolare interesse, come pure un'altra opera dello stesso periodo (1802-1803), apparsa nella rivista dallo Hegel fondata insieme con lo Schelling, il *Giornale critico della filosofia*: il lungo articolo *Sui modi di trattare scientificamente il diritto naturale, il posto di esso nella filosofia*

pratica e il suo rapporto con le scienze giuridiche positive (*Ueber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*).

Ancor maggiore tendenza alla sistematicità rivelano la *Fenomenologia dello Spirito* (*Phänomenologie des Geistes*: 1807) ed un'opera edita postuma, scritta dal 1809 al 1811, *Propedeutica filosofica* (*Philosophische Propädeutik*), che presenta molti motivi d'interesse per il nostro argomento perché vi è per gran parte contenuta la filosofia del diritto hegeliana¹, certo meno approfondita che nelle opere successive, ma in forma più accessibile al lettore comune.

Già dunque assai presto si manifesta negli scritti dello Hegel l'esigenza di una sintesi teoretica, fondata sull'idea della filosofia come razionalità assoluta ed universale che si attua dialetticamente quale forma dell'esperienza totale, coscienza del reale in quanto processo svolgentesi organicamente nei suoi molteplici aspetti: coscienza che è poi autocoscienza, coscienza che l'Assoluto ha di sé stesso in quanto pensiero che torna a sé ritrovando sé in tutto il reale.

Tale esigenza si precisa nelle opere scritte quando lo Hegel era professore a Heidelberg, la *Scienza della logica* (*Wissenschaft der Logik*: 1812-1816) e l'*Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio* (*Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*: 1817), in cui è esposto l'intero suo sistema filosofico²; e, dopo che egli fu passato all'università di Berlino — dalla cui

¹ Nelle prime due sezioni del primo corso e nei §§ 173-202 del quinto.

² Tale opera fu ripubblicata dallo Hegel nel 1827, ed una terza volta nel 1830, in forma assai più ampia per l'aggiunta di spiegazioni e osservazioni (*Anmerkungen*); è alla suddivisione in paragrafi di tali ultime edizioni che qui faremo riferimento. Un'edizione molto più ampia ancora, perché vi furono inserite lunghissime aggiunte (*Zusätze*) ricavate da appunti dello Hegel e dei suoi ascoltatori, e che è detta *Grande Enciclopedia*, fu pubblicata dal 1832 al 1845.

cattedra dominò, in ogni senso, la cultura tedesca del tempo —, nei *Lineamenti fondamentali della filosofia del diritto, ovvero Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio* (*Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*) che, apparsi nel 1821, furono l'ultima opera che lo Hegel pubblicò. Postume apparvero tuttavia le sue lezioni, tutte di grande importanza, in cui la sua teoria filosofica è applicata in diversi campi, storia, arte, religione, storia della filosofia. Vittima di un'epidemia di colera, lo Hegel morì a Berlino nel 1831.

2. Il sistema filosofico.

Per nessun filosofo è, come per lo Hegel, non solo legittimo, ma necessario parlar di *sistema*. Abbiamo già visto come fin dagli anni giovanili del periodo jenese la sua tendenza alla sistematicità della dottrina apparisse marcatissima; per lui non v'era scienza, ossia conoscenza della verità, fuori del sistema. « Nella mia formazione scientifica », egli scriveva nel 1800 allo Schelling, « che è partita dai bisogni subordinati dell'uomo, io ho dovuto essere sospinto verso la scienza, ed il mio ideale della giovinezza ha poi dovuto prendere forma riflessiva, cioè mutarsi in sistema »³. Ciò ha comportato che gli argomenti particolari, e quindi anche il diritto — che era stato forse proprio uno dei « bisogni subordinati dell'uomo » a cui il giovane Hegel alludeva — fossero, nella dottrina hegeliana, intimamente inseriti appunto nel sistema e che di questo costituissero parte integrante: così che non li si può comprendere senza avere presente il sistema nella sua totalità.

Ed in effetti questa è la fondamentale caratteristica

³ Hegel, Lettera allo Schelling del 2 novembre 1800, in *Briefe von und an Hegel*, I (*Sämtliche Werke*, ediz. Lasson-Hoffmeister, XXVII, p. 59).

della filosofia del diritto hegeliana. Finora, presso i pensatori maggiori, raramente abbiamo veduto la filosofia del diritto identificarsi con la loro vera e propria filosofia: il più delle volte la loro teoria giuridica costituiva un'applicazione secondaria ed estrinseca della metafisica e della morale. Nella filosofia dello Hegel invece la filosofia del diritto non è qualcosa di stante a sé, di derivato o di marginale: è parte integrante di essa, ed anzi ne è l'aspetto in cui essa si manifesta con maggiore chiarezza e con più profonda efficacia. Non per nulla i *Lineamenti fondamentali della filosofia del diritto* sono, non soltanto l'ultima e, in certo senso, conclusiva opera dello Hegel, ma — insieme con la *Scienza della logica* — quella in cui una parte del sistema filosofico è svolta particolareggiatamente; e non per nulla è contenuta proprio nella prefazione ad essi la celebre affermazione « ciò che è razionale è reale, e ciò che è reale è razionale »⁴, in cui del suo pensiero è espressa l'essenza. Il diritto è il momento della dialettica dello Spirito che di questo rappresenta, agli occhi dello Hegel, più vivamente ed essenzialmente l'attuarsi; anche se, certo, ciò che lo Hegel chiama « diritto » è una realtà assai più complessa e profonda del diritto quale lo concepiscono i giuristi e l'opinione comune.

Abbiamo detto che il principio essenziale del pensiero hegeliano è quello espresso dalla formula « ciò che è razionale è reale, e ciò che è reale è razionale ». Tale principio è quello dell'idealismo: della filosofia cioè che identifica totalmente la realtà col pensiero, il quale è appunto razionalità. Non c'è una sfera dell'oggettività diversa da quella della soggettività, un oggetto a cui il pensiero debba adeguarsi per conoscerlo nella sua verità: la realtà, l'Assoluto, è Soggetto, e tra sapere assoluto, ossia filosofia, e realtà assoluta non c'è differenza. Le forme del pensiero, le categorie, che per il Kant erano i modi in cui

⁴ Hegel, *Lineamenti fondamentali della filosofia del diritto*, Prefazione.

l'essere viene pensato, sono per lo Hegel i modi in cui l'essere si attua: logica e metafisica sono una cosa sola.

Proprio per questo la filosofia è sistema, e non può essere che sistema: essa è la logica dell'essere, è l'essere nella sua logicità. Ma la logica di questo Pensiero che è Essere non è la logica astratta: la razionalità che è immanente all'Essere non è la razionalità del razionalismo tradizionale. A quest'ultimo, al razionalismo che nell'illuminismo aveva celebrato i suoi fasti, l'idealismo hegeliano si contrappone non meno di quanto faccia il romanticismo, nel cui clima anch'esso del resto si genera: pur distinguendosi ed allontanandosi appunto per questo suo logicismo, che addirittura si fa panlogismo.

La logica formale risalente ad Aristotele, quella il cui principio fondamentale è il principio di non-contraddizione, secondo lo Hegel non vale ad intendere la realtà, che è vita, sviluppo, storia, e quindi proprio contraddizione; al di sopra di questa logica dell'« intelletto (*Verstand*) », che è logica dell'astratto, sta per lo Hegel la logica della « ragione (*Vernunft*) », logica del concreto, per la quale gli opposti, anziché escludersi, danno vita a una sintesi che li comprende e li supera. Ogni momento dello sviluppo della realtà è negato nella sua determinazione per essere superato in una determinazione più alta, che negandone la negazione lo riafferma sviluppandolo: secondo un processo triadico di tesi, antitesi e sintesi, che è il processo ad un tempo della realtà e del pensiero. È questa la *dialettica*, logica del reale, della vita, della storia: che, al di là delle contraddizioni formali di questa, ne coglie l'intima razionalità, cioè la razionalità vera. Appunto in questo senso tutto il reale è razionale e tutto il razionale è reale.

Corrispondentemente allo sviluppo dialettico della realtà, la filosofia si articola in tre parti, ognuna delle quali contempla lo svolgersi di uno dei tre momenti dell'essere: l'Idea, che è l'essere in quanto essere in sé, nella sua pura pensabilità; la Natura, che è l'Idea fattasi altro da sé, og-

gettivatasi; e lo Spirito, in cui l'Idea ritorna a sé stessa, acquistando coscienza di sé. Tali tre parti della filosofia sono la *Scienza della logica* (*Wissenschaft der Logik*), scienza dell'Idea in sé; la *Filosofia della natura* (*Philosophie der Natur*), scienza dell'Idea nel suo farsi altro da sé; e la *Filosofia dello spirito* (*Philosophie des Geistes*), scienza dell'Idea che, superata la natura, ritorna autocosciente a sé⁵.

A noi qui interessa la filosofia dello spirito, che tratta della dialettica di quest'ultimo, svolgentesi, al solito, secondo la triade tesi-antitesi-sintesi. Lo Spirito si svolge in tre momenti, spirito soggettivo (*subjektives Geist*), spirito oggettivo (*objektives Geist*), spirito assoluto (*absolutes Geist*)⁶, ognuno dei quali si svolge a sua volta in tre ulteriori momenti; e nel terzo e supremo momento dello spirito assoluto, che è la filosofia, l'Essere (o, che è lo stesso, il Pensiero) giunge all'autocoscienza, a porsi cioè come pensiero che pensa sé stesso⁷. Ma noi dovremo fermarci a considerare soltanto lo spirito oggettivo, che è il momento in cui lo Spirito, superatosi come coscienza individuale (quale è come spirito soggettivo), per attuare più pienamente i fini della ragione si fa vita sociale dando vita a un mondo in cui appunto si oggettiva in istituzioni.

Di ciò si dirà fra poco particolareggiatamente; ma era necessario mostrare come lo spirito oggettivo, nel cui svolgimento trovano posto il diritto e le istituzioni giuridiche e politiche, sia nel pensiero hegeliano un grado necessario dello svolgimento dialettico dello Spirito, fuori del quale non se ne comprenderebbe il significato. Momenti imprescindibili del processo razionale della realtà, soltanto nel quadro della razionalità dialettica di questa può intendersi che cosa diritto, società e Stato significhino per lo Hegel.

⁵ Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, § 18.

⁶ Ivi, § 385.

⁷ Ivi, § 574.

3. Lo spirito oggettivo.

Oltre che nella relativa sezione (la seconda) della *Filosofia dello spirito* contenuta nell'*Enciclopedia delle scienze filosofiche*, lo svolgimento dello spirito oggettivo è trattato nei *Lineamenti fondamentali della filosofia del diritto*. Questi non si limitano infatti a considerare il solo diritto (che della dialettica dello spirito oggettivo è il primo momento), ma riprendono ed ampliano tutta la trattazione del grado dello spirito, quello appunto oggettivo, in cui esso si dispiega nella vita sociale.

Nella ragione, unità di pensiero e di volontà, di teoria e di pratica, era culminato il processo dello spirito soggettivo, cioè dello spirito come coscienza individuale. Ma come tale esso è finito, mentre il compito della ragione è infinito; e lo Spirito deve andare oltre il proprio momento soggettivo trapassando alla sfera della vita collettiva, nella quale la sua volontà si fa creatrice di rapporti e di istituzioni in cui esso si realizza oggettivamente, fondando così la verità ed il valore di queste.

I tre momenti di questo ulteriore processo in cui lo Spirito crea rapporti sempre più profondi tra i singoli superandone così la singolarità sono il diritto (*Recht*), la moralità (*Moralität*) e l'eticità (*Sittlichkeit*)⁸. Il diritto è il momento formale ed astratto che si pone nella pura exteriorità, senza riferimento all'interiorità del volere (ma di esso parleremo a parte fra poco); la moralità è il momento in cui la volontà si riflette in sé, si fa interiore e quindi libera, in quanto le sue determinazioni vengono poste interiormente come sue⁹; l'eticità, « identità concreta del bene e della volontà soggettiva »¹⁰, è la realtà effettiva dello spirito vivente nel popolo, la realizzazione organica e sostanziale della persona nel complesso delle istituzioni, in cui si compongono insieme l'esteriorità del

⁸ Ivi, § 487; *Filosofia del diritto*, § 33.

⁹ Hegel, *Filosofia del diritto*, §§ 105-140.

¹⁰ Ivi, § 141.

diritto e l'interiorità della moralità, ed in cui l'uomo si attua pienamente superando la propria individualità (ma anche di questo si parlerà in un paragrafo apposito).

Questo processo dello Spirito è il processo della volontà in quanto volontà libera, quale la volontà è in quanto intelligenza pensante, ossia in quanto autocoscienza. « Tale autocoscienza, che si comprende mediante il pensiero in quanto essenza, e appunto perciò abbandona il contingente e il falso, costituisce il principio del diritto, della moralità, e di ogni eticità »¹¹; la trattazione di questi temi esclude perciò ogni rinvio « al sentimento, al cuore, al petto, all'estro »¹² proprio dei romantici, e deve essere rigorosamente logica, deve essere ricostruzione del processo dello Spirito nella sua razionalità.

Esposto per sommi capi il quadro sistematico entro il quale lo Hegel colloca i concetti che sono di pertinenza della filosofia giuridica, occorre ora dire più estesamente delle parti di esso dedicate a tali concetti: quello del « diritto » anzitutto, e ancor più quello della « eticità », la teoria della quale costituisce uno dei lati più profondi, più vivi, e storicamente più efficaci della filosofia hegeliana.

4. *Il diritto come primo momento dello spirito oggettivo.*

Il diritto dunque è il momento astratto dello spirito oggettivo, la sfera dei diritti e dei doveri di cui è soggetto l'individuo singolo nella sua libertà esterna, indipendentemente dalla sua appartenenza ad una società organizzata; e che si pone come affermazione oggettiva della persona, non nel senso strettamente giuridico ma in modo da significare tutte le determinazioni della libertà¹³. « Un'esistenza in generale, che sia esistenza della volontà libera,

¹¹ Ivi, § 21.

¹² Ivi.

¹³ Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, § 486.

è il diritto. Esso, quindi, è, in generale, la libertà, in quanto idea »¹⁴.

Questa libertà si afferma, per uscire dall'astrattezza e trovare una sua garanzia, anzitutto nella proprietà (*Eigentum*), rendendo le cose funzione della vita della persona¹⁵; e dalla proprietà trapassa al contratto (*Vertrag*), in cui la volontà riconosce altre volontà e la libertà si pone come rapporto tra volontà diverse che si riconoscono reciprocamente libere e che possono trasmettersi l'una all'altra la loro proprietà¹⁶. Quando però la volontà individuale, che nella proprietà e nel contratto coincide con la volontà universale, si pone in contrasto con quest'ultima invadendo arbitrariamente la sfera di libertà altrui, dà luogo al torto (*Unrecht*)¹⁷.

Il torto può essere « semplice » o costituire invece frode o delitto. Il torto semplice, che è l'illecito civile, nega il diritto in particolare, in quanto contesta l'appartenenza di esso ad una piuttosto che ad un'altra persona, ma non lo nega in universale, perché riconosce il diritto nell'atto in cui afferma che la cosa deve spettare a chi secondo lui vi ha diritto: « la controversia riguarda soltanto la sussunzione della cosa sotto la proprietà dell'uno o dell'altro »¹⁸. Nella frode invece il diritto è negato anche in universale (benché sia rispettato nell'apparenza)¹⁹; nella violenza e nel delitto esso è negato tanto in particolare quanto in universale, e si misconosce la personalità di un'altra persona, « l'infinito nel predicato di uno »²⁰.

La violazione del diritto ha esistenza esteriore, « ma in sé è nulla »: perché non ha realtà etica. Realtà è quella che si ripristina mediante l'annullamento della violazione²¹. Di

¹⁴ Hegel, *Filosofia del diritto*, § 29.

¹⁵ Ivi, §§ 41-71.

¹⁶ Ivi, §§ 72-81.

¹⁷ Ivi, §§ 82-104.

¹⁸ Ivi, §§ 84-85.

¹⁹ Ivi, § 87.

²⁰ Ivi, § 95.

²¹ Ivi, § 97.

qui la necessità (etica) del risarcimento del danno nel caso di torto civile²², e, nel caso di delitto, della pena: la quale non ha per fine la prevenzione, l'intimidazione, la minaccia, e neppure l'emendazione del delinquente (come sostengono le cosiddette teorie relative della pena), bensì l'annullamento stesso del delitto, la restaurazione dell'essenza etica — cioè razionale — del diritto nella coscienza universale e in quella del delinquente stesso; cosa che può giustificare anche la pena di morte²³.

Proprio con questa riaffermazione della libertà, che la pena attua in forma assoluta annullando l'annullamento di essa costituito dal delitto, si trapassa dal diritto, primo momento dello spirito oggettivo, al secondo momento, la moralità, processo della libertà del volere della persona che si fa universalità, e quindi *soggetto*²⁴. Ma in questa sede a noi conviene tralasciare l'esposizione di questa, e giungere a dire del terzo momento, l'eticità, che supera l'antitesi di diritto e moralità nella loro sintesi.

5. Il terzo momento dello spirito oggettivo: l'eticità.

L'« eticità », terzo momento dello spirito oggettivo, si realizza nella vita sociale, nel complesso delle istituzioni in cui la libertà dello spirito si attua pienamente e dà vita al mondo dell'esistenza concreta, sintesi di universale e di particolare: l'identità è infatti « identità concreta del bene e della volontà soggettiva, la verità dei medesimi »²⁵.

Nell'eticità la libertà del volere si afferma insomma come realtà effettiva, al di là dell'astrattezza del diritto e della semplice idealità della moralità. In essa, lo spirito oggettivo « giunge a compimento »²⁶; l'essere — che è in

²² Ivi, § 98.

²³ Ivi, §§ 99-100.

²⁴ Ivi, § 105.

²⁵ Ivi, § 141.

²⁶ Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, § 513.

pari tempo dover essere — acquista coscienza di sé e realtà « come spirito di un popolo »²⁷ (espressione questa, *Volksgeist*, identica a quella dei giuristi della scuola storica, ma riferita ad un concetto assai diverso); è la vita in atto di una collettività organica in cui i singoli sono spiritualmente radicati ed in cui l'azione di essi confluisce: col che soltanto si fanno compiutamente persone. Hanno vita così le istituzioni, in cui il diritto veramente si attua, ben al di là di quella prospettiva in cui lo Hegel lo aveva considerato quale primo momento dello spirito oggettivo.

In quella prospettiva, il diritto era, come abbiamo visto, astratto; e la considerazione che lo Hegel ne compiva non acquistava grande significato. La vera filosofia del diritto hegeliana è quella contenuta nelle pagine dedicate all'eticità, perché è in queste che il diritto è veduto come realtà: realtà vivente e vitale, in cui lo spirito, cioè l'uomo, attua integralmente sé stesso. L'*ethos* (come lo Hegel chiama questa realtà) è la sostanza concreta in quanto forma infinita. Essa, per la sua intrinseca razionalità, ha un contenuto stabile pur nelle sue differenziazioni: « le leggi e gli ordinamenti che sono in sé e per sé », di cui l'*ethos* è il sistema, che è perciò razionale²⁸.

Anche il momento dell'eticità si sviluppa in tre gradi: la famiglia (*Familie*), la società civile (*bürgerliche Gesellschaft*), lo Stato (*Staat*)²⁹. Nella famiglia il rapporto naturale tra i due sessi si fa, col matrimonio, rapporto etico in quanto unità autocosciente³⁰; ma già per lo sviluppo di essa, con l'educazione dei figli e il loro divenire persone autonome, che dà luogo a una molteplicità di gruppi familiari, dalla famiglia si trapassa alla società civile: la quale è l'organismo etico in cui i rapporti reciproci degli individui come persone singole si compongono in una uni-

²⁷ Ivi, § 514.

²⁸ Hegel, *Filosofia del diritto*, §§ 144-145.

²⁹ Ivi, § 157.

³⁰ Ivi, §§ 158-180.

versalità³¹. L'integrazione degli individui nell'unità costituita dalla società civile si pone dapprima come « sistema dei bisogni » cioè come struttura economica³², quindi come sistema di rapporti giuridici imperniati sull'amministrazione della giustizia³³, infine come amministrazione pubblica (o polizia) e sistema di corporazioni³⁴. Famiglia e corporazione sono le due radici etiche dello Stato; ed il fine di esse, limitato e finito, acquista verità nel « fine universale in sé e per sé, realtà assoluta », che si realizza nel trapasso dalla società civile allo Stato³⁵.

Di fondamentale importanza sia per l'intendimento della filosofia hegeliana in generale, sia, in particolare, della filosofia del diritto, la trattazione della società civile approfondisce l'esame della realtà umana, cogliendo i legami profondi tra i vari istituti economici, sociali e giuridici ed affermandone la razionalità con assai maggiore efficacia e concretezza di quanto avviene nelle pagine — generalmente più note — dedicate al terzo momento dell'eticità, lo Stato. Nella società civile al centro della vita sociale sono ancora gli individui³⁶, e le volontà particolari esplicano pienamente, nella competizione fra i rispettivi interessi, la loro soggettività³⁷. Nello Stato invece l'individuo perderà ogni autonomia, si annullerà in un'eticità assoluta; e, anche se questa sarà intesa come sintesi di universale e di particolare e realizzazione perfetta dell'individuale nell'assoluto, tutti gli aspetti della vita dell'individuo (come sempre nello Stato etico, di cui lo Stato hegeliano è, con quello platonico, il massimo esempio) saranno assorbiti nella vita di quell'Assoluto che nello Stato si incarna.

Lo Stato è infatti per lo Hegel l'organismo etico assoluto, l'*ethos* che si fa autocosciente come spirito di un

³¹ Ivi, § 181.

³² Ivi, §§ 189-208.

³³ Ivi, §§ 209-229.

³⁴ Ivi, §§ 230-255.

³⁵ Ivi, §§ 255-256.

³⁶ Ivi, § 260.

³⁷ Ivi, § 289.

popolo: è « il razionale in sé e per sé », « unità sostanziale fine a sé stessa »³⁸. È nello Stato che l'identità di razionale e di reale si attua concretamente; con espressione divenuta famosa, lo Hegel lo chiama addirittura « l'ingresso di Dio nel mondo »³⁹.

Sovrano anche nei riguardi esterni, lo Stato non sottostà ad alcun altro potere; dei conflitti fra i vari Stati decide, arbitro supremo, la guerra⁴⁰. Dello Stato, « spirito determinato di un popolo », lo Hegel fa il protagonista della storia universale del mondo, « le cui vicende rappresentano la dialettica degli spiriti particolari dei diversi popoli, il tribunale del mondo »⁴¹: cioè il processo dello spirito del mondo (*Weltgeist*) che nei vari popoli si incarna e nella storia universale « esercita il suo diritto, che è il diritto più alto di tutti »⁴². Lo Hegel trapassa così alla filosofia della storia, che, accennata alla fine della trattazione dello spirito oggettivo nell'*Enciclopedia*⁴³ ed a conclusione della *Filosofia del diritto*⁴⁴, è svolta nelle *Lezioni di filosofia della storia* (*Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*), pubblicate, come si è detto, postume.

6. Carattere e significato della filosofia giuridica dello Hegel.

Certo, l'apoteosi dello Stato celebrata dallo Hegel può essere, come da molti si ritiene, la giustificazione filosofica dello Stato prussiano del tempo; e nello stesso modo la sua teoria della società civile, in cui si razionalizzano tutti

³⁸ Ivi, § 258.

³⁹ Ivi, § 258, aggiunta; cfr. § 270.

⁴⁰ Ivi, § 334.

⁴¹ Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, § 548.

⁴² Hegel, *Filosofia del diritto*, § 340; cfr. *Lezioni sulla filosofia della storia*, I, II, 3.

⁴³ Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, §§ 548-552.

⁴⁴ Hegel, *Filosofia del diritto*, §§ 341-360.

gli istituti giuridici, economici e sociali del primo Ottocento, può essere interpretata come una legittimazione di questi. Ma, anche ammesso ciò, ben al di là di questa inconscia giustificazione universale di una situazione contingente e degli inavvertiti motivi empirici che possono esserne alla radice, il sistema hegeliano dello svolgimento dello spirito oggettivo è uno dei più grandiosi sforzi di comprensione razionale della vita giuridica, sociale e politica. Esso può essere criticato altresì come artificioso e schematico, oppure come razionalisticamente ottimistico; ma non si può non riconoscerlo come un formidabile tentativo di interpretazione logica della realtà storica, che non ha l'uguale in tutta la storia della filosofia.

Senza dubbio è artificioso l'edificio triadico del sistema, in cui lo Hegel costringe a volte a viva forza concetti che ripugnano ad entrarvi; ed ottimistica è l'identificazione del reale col razionale, che per di più, eliminando ogni distinzione fra essere e dover essere, può apparire giustificare il fatto compiuto, la vittoria di chi è materialmente più forte: anche se lo Hegel vede nella vittoria la prova di una forza che è forza dello spirito, e benché ciò che egli intende con « reale » non sia tutto ciò che accade, non essendo reale l'accidentale (cioè quanto, appunto perché non razionale, è della realtà soltanto un aspetto esteriore e superficiale)⁴⁵. Tali aspetti dell'opera hegeliana non ne diminuiscono la grandiosità, così come non limitarono l'influsso che, pur nelle diverse interpretazioni che ne furono date, essa esercitò sul pensiero dell'Ottocento e del Novecento.

Per riferirci a ciò che a noi qui interessa, la filosofia hegeliana è la più grandiosa filosofia del diritto che sia stata mai concepita; vera filosofia *del* diritto, ricostruzione razionale cioè del processo secondo il quale il diritto nasce e si svolge, essa modifica profondamente il concetto stesso di tale filosofia, trasformandola da ricerca del fondamento

⁴⁵ Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, § 6.

di validità del diritto in indagine intorno al suo principio costitutivo, secondo un insegnamento kantiano da cui lo stesso Kant, nel campo del diritto, non aveva tratto tutte le conseguenze.

Svolta nell'ambito di una dottrina rigorosamente immanentistica, una siffatta indagine elimina molti problemi tradizionali. Non v'è più posto, nel pensiero hegeliano, per il secolare argomento del diritto naturale e del rapporto di esso con quello positivo: il diritto è naturale e positivo ad un tempo, non essendovi razionale che non sia contemporaneamente reale; così come non v'è un ideale di Stato perfetto, essendo lo Stato sempre quello che la storia, nella sua razionalità, esige che sia. Anche quando studia i vari istituti giuridici — come fa trattando della « società civile » — lo Hegel non intende ragguagliarli a un criterio deontologico, come ancora avevano fatto il Kant ed il Fichte: intende comprenderne la ragione immanente, inserendoli nel processo della razionalità del reale, cioè della storia.

Al di fuori della storia non c'è dunque diritto; ma non nel senso in cui ciò era sostenuto dai giuristi della scuola storica, per i quali il diritto era il prodotto spontaneo ed accidentale di uno « spirito del popolo » indeterminato e fantastico, della cui azione non sarebbe stato possibile fare filosofia. Lo spirito del popolo di cui anche lo Hegel parla è quello in cui si individua lo spirito del mondo, l'universale razionale che si svolge nella storia, totale, assoluta razionalità: così che anche le istituzioni giuridiche, sociali e politiche realizzano questa razionalità universale. Benché partecipe della cultura romantica, lo Hegel la razionalizza, in una dottrina che è storicistica sí, ma di uno storicismo assoluto: la quale giunge anzi, come vedremo — proprio contro lo spirito del romanticismo — a sommergere l'individuo nell'universalità.

In quanto non si può contrapporgli un « diritto naturale », il diritto non può essere per lo Hegel se non positivo. Ma non nel senso in cui ciò è affermato dal positi-

vismo giuridico, nel senso cioè che diritto sia soltanto quello che assume la forma della legge. Lo Hegel, poco tenero verso il Savigny e la scuola storica del diritto, apprezza sí la codificazione ⁴⁶, ma non per questo riduce tutto il diritto al precetto legislativo: il diritto è per lui azione, in cui la volontà si oggettiva dando vita a istituti che costituiscono tutta una complessa realtà. Si inizia anzi con lo Hegel proprio quella dissoluzione del diritto come norma nel diritto come attività che avrà più tardi sviluppi anche al di fuori delle correnti idealistiche e talvolta entro indirizzi dottrinali per altri aspetti antitetici a queste.

Anche quando tratta del « diritto in quanto legge » ⁴⁷, lo Hegel scorge in esso la determinazione positiva della volontà di un popolo concretatasi ed individuatasi storicamente nello Stato, e non si sofferma sul suo aspetto formale di proposizione astrattamente imperativa. Per questo punto della sua dottrina, lo Hegel è al di là ed al di sopra della controversia tra fautori ed avversari della codificazione, così come, su un più vasto terreno, è al di là della contrapposizione fra il normativismo astratto degli illuministi e lo storicismo estremo della scuola storica tedesca. Il diritto è per lui nella legge come è in tutti gli istituti che la storia crea in seno alla società, tutti ugualmente validi e ugualmente *reali* proprio perché nella storia.

È appunto nella considerazione dei molteplici istituti giuridici che lo Hegel svolge la sua filosofia del diritto; ed è qui che egli, più che in ogni altro campo, applica fecondamente il suo metodo filosofico, ricostruendo il cammino dell'universale nella sua storicità, riconoscendo la razionalità dell'essere nella razionalità delle sue manifestazioni anche più minute: quantunque non appaia felice la distinzione fra diritto astratto ed eticità, e l'attribuzione ad uno di questi due momenti dello spirito oggettivo di alcuni istituti giuridici piuttosto che di altri.

⁴⁶ Hegel, *Filosofia del diritto*, § 211; v. anche sotto, nota 49.

⁴⁷ Ivi, §§ 211-218.

Ed in effetti lo Hegel considera il diritto in ogni suo momento ed in ogni sua manifestazione, dal soggetto individuale allo Stato e all'ordinamento internazionale, attraverso la presa di possesso, il contratto, la frode, il delitto, il matrimonio, la famiglia, l'amministrazione della giustizia, la costituzione ed ancor più particolari istituti, con la precisione e la minuzia del tecnico del diritto ma sempre con la consapevolezza della ragione profonda di essi, facendone così non astratta *scienza*, ma vera e propria *filosofia*.

Condotto alla filosofia soprattutto dall'interesse per i problemi etico-politici, lo Hegel trovò nel mondo del diritto — di ciò che egli chiama spirito oggettivo, ed in particolare dell'eticità — il campo in cui la sua filosofia poteva più fecondamente operare. Questo si scorge già nelle opere giovanili del periodo di Jena, e lo si riconosce nella *Propedeutica filosofica* e nell'*Enciclopedia*, ancor prima che lo Hegel lo rappresenti con la massima ampiezza di trattazione sistematica nella *Filosofia del diritto*. In tutte queste opere è evidente la convinzione della necessità razionale, della non accidentalità, delle manifestazioni particolari del diritto, dell'identità insomma, nel diritto (come in ogni altro aspetto della realtà, ma più manifestamente) del reale col razionale: quell'identità che — non per caso, ripetiamo — è esplicitamente affermata proprio nella prefazione alla *Filosofia del diritto* (e soltanto successivamente riformulata nella seconda edizione dell'*Enciclopedia* ⁴⁸).

7. Le contraddizioni della filosofia del diritto hegeliana.

La riprova di ciò può vedersi nel fatto che le parti meno felici della costruzione hegeliana sono quelle in cui il filosofo si discosta dalla considerazione attenta e puntuale del diritto e delle istituzioni propriamente giuridiche, di quella che egli chiama la società civile: a comin-

⁴⁸ Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche*, § 6.

ciare dalla sua trattazione dello Stato, sfociante, come si è detto, nella metafisica quasi teologica della filosofia della storia.

Ed in verità la conclusione metafisica ed universalistica della filosofia dello Hegel (come pure la troppo spesso artificiosa sistematicità, che del resto alla preoccupazione metafisica si riconnette), a parte ogni altra critica di cui può essere ed è stata oggetto, compromette il valore e la fecondità della sua filosofia giuridica. Il concludersi del processo dello spirito oggettivo, e, all'interno di esso, di quello dell'eticità, in uno Stato in cui l'individuo perde sostanzialmente ogni valore, e perdono perciò significato i rapporti fra gli individui, induce a dubitare della validità di una filosofia del diritto che necessariamente — giacché per lo Hegel si tratta di razionale *necessità* — si conclude in un superamento del diritto che è totale elisione di esso in un organismo etico ignorante i soggetti empirici. Ancor più grave diviene il dubbio davanti alla conclusione finale della filosofia dello Hegel, incentrata sulla concezione di un Soggetto assoluto, immanente sí a tutto il reale, e quindi anche agli individui, ma nei cui confronti i soggetti singoli, gli io empirici, non possiedono realtà.

Sarà questo, anche in tempi recenti, l'ostacolo contro cui cozzeranno le filosofie idealistiche: se si nega, come l'idealismo di ispirazione hegeliana non può non negare, la realtà della molteplicità dei soggetti, non ha senso parlar di diritto — che è sempre relazione fra più soggetti — e occorre risolverlo in qualche altra attività dello spirito, e rinunciare a farne filosofia. Lo Hegel fa filosofia del diritto finché parla di famiglia e di società civile; ma quando da ciò trapassa a parlare di Stato concependolo come Stato etico, e di qui alla filosofia della storia, fa etica, fa metafisica, ma non fa più filosofia del diritto: il che, ripetiamo, porta a dubitare anche della validità di quella filosofia del diritto che, nel sistema hegeliano, in tanto ha ragione d'essere in quanto è il presupposto di tali sviluppi.

L'universalismo della metafisica hegeliana finisce così

col riprodurre taluni aspetti del giusnaturalismo oggettivistico. La filosofia dello Hegel, nell'atto stesso in cui supera e nega, affermando la razionalità del reale, il deontologismo astratto dei giusnaturalisti, viene ad essere il compimento di uno dei loro assunti fondamentali, la razionalizzazione della realtà giuridico-politica. Per questo lato, la filosofia del diritto e della storia hegeliana, anziché rompere col giusnaturalismo, lo perfeziona e lo completa: differentemente da quanto faceva la scuola storica del diritto, che con il suo storicismo non razionalistico e non assoluto, e col suo particolarismo romantico, aveva attaccato alle radici l'universalismo metafisico dei giusnaturalisti⁴⁹. E si tratta, nel caso dello Hegel, di un giusnaturalismo della specie più radicale, un giusnaturalismo assoluto che, per il suo storicismo del pari assoluto, porta (nonostante la riluttanza dello stesso Hegel, e più ancora dei suoi seguaci, ad ammetterlo) alla giustificazione degli istituti giuridici e politici nella loro effettualità storica, cioè a quello che si potrebbe dire un altrettanto assoluto positivismo giuridico. Non per nulla la dottrina hegeliana ispirerà le teorie dello Stato totalitario dei nostri tempi, per le quali non sussistono valori al di fuori dello Stato (e del suo diritto).

Lo storicismo assoluto hegeliano, che in realtà si riferisce a quella sola storia che è la storia dell'Assoluto, elude le esigenze dello storicismo stesso, che erano suscitate dalla considerazione della storia degli *uomini*, e non di quella dell'*Uomo* come Soggetto assoluto. Per rendere troppo razionale il reale, lo Hegel trascura quel reale non riducibile a ragione assoluta che è l'individuo; e ciò (a

⁴⁹ Non mancano, negli scritti hegeliani, affermazioni propriamente giusnaturalistiche: come quella che l'ordinamento inglese è arretrato perché il potere è nelle mani di coloro che possiedono privilegi contraddittori « un diritto statuale razionale e una vera legislazione » (*Ueber die englische Reformbill*, I, in *Sämtliche Werke*, XX, p. 480), o quella che « in una costituzione nulla deve essere riconosciuto come valido se non quanto sia da riconoscere conforme al diritto della ragione » (*Verhandlungen in der Versammlung der Landstände des Königsreichs Württemberg im Jahre 1815 und 1816*, in *Sämtliche Werke*, VI, p. 395).

parte le reazioni irrazionalistiche che potrà suscitare, e gli indirizzi politici assolutistici a cui per contro potrà dare origine) priva di ogni significato il problema delle relazioni fra gli uomini. La più grandiosa delle filosofie del diritto si conclude con la negazione del diritto come oggetto di filosofia.

La filosofia giuridica italiana dell'età del Risorgimento

1. *Il pensiero italiano all'inizio del secolo XIX.*

L'Ottocento ha inizio anche in Italia nell'atmosfera culturale dell'illuminismo; più tardi, benché di rado direttamente e non sempre in modo adeguato, si ha notizia e si risente della dottrina kantiana. Ma tanto l'illuminismo quanto il kantismo incontrano critiche e riserve, che conducono a compromessi eclettici, nella preoccupazione soprattutto di evitare il relativismo e di salvare l'oggettività della conoscenza e della morale. Così, dell'illuminismo si ripugna ad accogliere il sensismo, la riduzione della fonte del conoscere alla mera esperienza sensibile; e nella dottrina del Kant delle forme *a priori* della conoscenza si vede spesso un'altrettanto pericolosa forma di soggettivismo.

Più profonda fu la critica che ad alcune posizioni illuministiche venne mossa da chi, per avere assimilato e fatto suo l'insegnamento del Vico, aveva maturato una coscienza storica affine, per molti versi, a quella dei romantici. Tale è il caso del molisano Vincenzo Cuoco (1770-1823), l'unico vero seguace, in quel tempo, delle dottrine vichiane. Le sue critiche alle ideologie della rivoluzione francese, dettate da un forte senso storico, muovono dalla constatazione del fallimento del tentativo di realizzare tali ideali politici compiuto a Napoli con l'instaurazione della Repubblica Partenopea. Nel *Saggio storico sulla rivoluzione napoletana del 1799*, apparso nel 1801, il Cuoco vede la causa di quel fallimento nell'astrattezza universalistica dell'ideologia rivoluzionaria importata dalla Francia e im-

posta ad un popolo che aveva una mentalità incompatibile con essa, determinata da una sua particolare storia che gli conferiva una propria individualità.

Quanto al problema specifico del diritto, l'atteggiamento del Cuoco di fronte alle velleità giacobine di riforma razionalistica della legislazione sul modello francese è bene espresso da quanto egli scriveva al Russo circa il progetto di costituzione per la Repubblica Partenopea redatto dal Pagano¹: « le costituzioni sono simili alle vesti: è necessario che ogni individuo abbia la sua propria, la quale, se tu vorrai dare ad altri, starà male »²; « questa è l'idea che io ho della costituzione francese del 1795. Questa costituzione è buona per tutti gli uomini? Ebbene: ciò vuol dire che non è buona per nessuno »³.

Tocca il problema del diritto, pur se brevemente, il calabrese Pasquale Galluppi (1770-1846), che discusse ampiamente le dottrine dei filosofi del tempo, facendole così conoscere in Italia. Poiché il principio assoluto della morale, egli scrive, è « non offendere alcuno », ed equivale a « non violare i diritti degli altri », da ciò risulta l'esistenza di diritti degli uomini, correlativi ai doveri: « se ho un diritto di fare, voi avete il dovere di non impedirmi di fare ». Ed egli definisce il diritto « un poter fare ciò che non è contrario ai diritti degli altri »⁴: concezione di ispirazione kantiana, che però elude la distinzione del Kant fra diritto e morale, ricollegando il concetto di diritto al principio della moralità.

Fra i filosofi del diritto in senso stretto si possono ricordare in questo periodo due seguaci dell'indirizzo giusrazionalistico o « scuola filosofica » (detta così in opposizione alla scuola storica), Pietro Baroli (1797-1878)

¹ V. vol. II, pp. 381-383.

² Cuoco, *Frammento I di lettere a V. Russo*, in appendice all'ediz. Nicolini del *Saggio storico sulla rivoluzione napoletana del 1799*, Bari, 1929, p. 218.

³ Ivi, p. 219.

⁴ Galluppi, *Elementi di filosofia*, III, *Filosofia morale*, § 52, Bologna, 1837, III, p. 167.

e Giampaolo Tolomei (1814-1893), autori rispettivamente di un *Diritto naturale privato e pubblico* (1837) e di un *Corso elementare di diritto naturale o razionale* (1849). Comune a questi due scrittori è la convinzione di poter dedurre il diritto naturale, in ogni sua specificazione, dalla ragione: il Baroli intende trattare « le dottrine universali e fondamentali per tutta la scienza, dalle quali, come da formole algebriche, si deducono senza difficoltà le massime colle quali si determinano fissamente i diritti degli uomini e si risolvono i problemi presentati dagli avvenimenti della società »⁵; il Tolomei fa maggiori concessioni al metodo storico, dichiarandosi sì per la scuola filosofica, « sussidiata però dalla storica »⁶.

A una concezione razionalistica del diritto naturale, di ispirazione wolfiana, si richiama anche un discepolo del Lampredi⁷, Giovanni Carmignani (1768-1847), famoso penalista, che al diritto naturale ricollega il « dritto politico », ossia il diritto positivo⁸, e quindi anche quello penale. Di lui peraltro qui è da ricordare quella che fu la prima storia italiana della filosofia giuridica, la *Storia della origine e de' progressi della filosofia del dritto*, apparsa postuma nel 1851. Quanto alla sua concezione della pena, essa è quella « relativa », che nella pena vede uno strumento di difesa sociale, il cui fine è di dissuadere dal delitto⁹.

2. Romagnosi. Determinismo e finalismo.

Di grande fama godette nell'Ottocento Gian Domenico Romagnosi, nato a Salsomaggiore nel 1761 e morto a Milano nel 1835, autore di opere di filosofia, di diritto, di economia, di statistica, di storia della cultura, di quella

⁵ Baroli, *Diritto naturale privato e pubblico*, Cremona, 1837, I, p. IX.

⁶ Tolomei, *Corso elementare di diritto naturale o razionale*, § 16.

⁷ V. vol. II, p. 385.

⁸ Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, I, Pisa, 1831, p. 94.

⁹ Ivi, III, Pisa, 1832, cap. IV.

che di lì a poco si sarebbe chiamata sociologia, e finanche di matematica e di fisica. Fra quelle che qui ci interessano sono *Genesi del diritto penale* (1791), *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale* (1805), *Assunto primo della scienza del diritto naturale* (1820); *Instituzioni di civile filosofia, ossia di giurisprudenza teorica* (apparsa postuma nel 1839), *Scienza delle costituzioni* (del pari postuma, 1847); ed anche opere di pura filosofia, come le *Vedute fondamentali sull'arte logica* (1832) e scritti minori. Assai vaste e non di rado prolisse, alcune di tali opere hanno in parte lo stesso contenuto.

Il pensiero romagnosiano è sostanzialmente eclettico, e se la sua componente principale è il sensismo, vi si riscontrano anche influssi wolffiani e vi si riconoscono echi, probabilmente indiretti, dei problemi posti dal Kant. Vi prevale il naturalismo, che spesso ha fatto porre il Romagnosi tra gli anticipatori del positivismo. Certo egli concepisce la società come un organismo retto da leggi naturali, che costituiscono un ordine di necessità a cui in qualche modo corrisponde nel campo morale l'ordine etico-giuridico, che viene così ad apparire conseguente al primo e subordinato ad esso. Ma circa il rapporto fra questi due ordini il Romagnosi non si esprime sempre univocamente, e spesso dalle sue pagine traspare una concezione della morale e del diritto non deterministica bensì finalistica, anche se le sue conclusioni sono in ogni caso utilitaristiche.

In realtà, del pensiero illuministico il Romagnosi accoglie in questo campo soprattutto l'insegnamento dei fisiocratici, per i quali le regole dell'azione umana devono essere conformi all'ordine della natura; ma non nel senso che la natura le determina necessariamente, bensì in quanto il legislatore deve, nel dettare le norme di condotta degli uomini, conformarle all'ordine fisico per poterne trarre il maggior vantaggio per la società¹⁰.

È vero che spesso il Romagnosi si esprime altrimenti.

¹⁰ V. vol. II, pp. 331-332.

Quando, ad esempio, scrive (con parole che riecheggiano quelle del Montesquieu) che « la natura, l'origine, l'estensione e l'importanza di qualunque diritto nascono e sono determinate unicamente dallo stato reale delle cose », e che « tutti i diritti sono risultati dei rapporti reali degli esseri e degli uomini »¹¹, egli certamente appare dire che il diritto è determinato necessariamente dalla realtà oggettiva; e così pure quando si propone di dare una definizione della legge che abbracci tutte le leggi, « le fisiche, le intellettuali, le morali e le politiche »¹², mostrando così di identificare la legge naturalistica con la norma di condotta umana, l'essere con il dover essere.

D'altra parte (e ciò non deve meravigliar troppo, dati l'eclettismo e la scarsa profondità del suo pensiero, che non lo fanno neppure accorgere di patenti contraddizioni nel corso di un medesimo scritto), assai più frequentemente il Romagnosi distingue nettamente tra essere e dover essere, tra proposizione causale e proposizione finale; e concepisce esplicitamente il diritto come ordinato a un fine, la cui scelta è liberamente operata dall'uomo: sicché la *necessità* della legge giuridica consiste soltanto in questo, che per raggiungere quel fine è necessario conformare la propria azione alla legge fisica enunciante i rapporti tra i fenomeni che causano l'oggetto scelto come fine.

Il concetto di legge giuridica è quindi presso il Romagnosi — almeno prevalentemente — quello di una norma tecnica, che ha per presupposto una legge naturalistica, ma che non è deterministicamente necessitata da questa. La legge giuridica è insomma la conversione in imperativo di una proposizione descrittiva, quale è la legge sociologica, che enuncia i presunti rapporti causali tra i comportamenti umani: conosciuta questa, e scelto come fine

¹¹ Romagnosi, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, § 187 (nell'ediz. De Giorgi delle opere, III, p. 196).

¹² Romagnosi, *Degli enti morali*, § 438 (III, p. 693); *Vedute fondamentali sull'arte logica*, § 877 (I, p. 327); *Istituzioni di civile filosofia*, § 1389 (III, p. 1134).

uno di tali comportamenti, il legislatore deve — se vuole conseguire il fine — prescrivere quegli altri che, secondo la legge sociologica, lo producono.

Su questo fondamento, il Romagnosi definisce *giusta* l'azione che è conforme all'ordine di fatto nel senso che è atta, secondo la conoscenza che noi abbiamo di tale ordine, a conseguire un fine utile¹³; ed il diritto viene inteso da lui come « arte », cioè tecnica del conseguimento di un fine: « la scienza dell'ordine morale teoretico risulta dalla cognizione della necessità e della convenienza dei mezzi col fine... Rimane quindi la seconda operazione, la quale forma la parte esecutiva, e direi quasi tecnica, poichè versa sull'arte di porre in pratica l'ordine teoretico »¹⁴.

3. Il diritto naturale secondo il Romagnosi.

« Il perfetto ordine morale di ragione assoluta », aggiunge il Romagnosi, è « il complesso di tutte le circostanze naturalmente richieste dall'indole dell'essere libero, e degli oggetti componenti la natura, coi quali egli è in commercio, per conseguire col mezzo delle azioni libere effettivamente e certamente un dato fine »¹⁵. In questo concetto di ordine di natura come presupposto conoscitivo delle regole pratiche dell'azione umana rientra per il Romagnosi il diritto naturale.

Questo è infatti « cognizione sistematica delle regole moderatrici gli atti umani, derivate dai rapporti reali e necessari della natura, onde ottenere il meglio, od evitare il peggio »¹⁶. Esso è « di ragione necessaria », ma non « di

¹³ Romagnosi, *Degli enti morali*, § 462 (III, p. 705); *Vedute fondamentali sull'arte logica*, § 897 (I, p. 336); cfr. *Degli enti morali*, § 580 (III, p. 762).

¹⁴ Romagnosi, *Introduzione al diritto pubblico universale*, §§ 15-16 (III, p. 70); cfr. § 81 (p. 123). Sul concetto di « arte » v. *Degli enti morali*, § 580 (III, p. 762).

¹⁵ Ivi, § 97 (p. 131); cfr. *Lettere al Valeri*, I, § 18 (III, p. 7) e IV, §§ 84 e 85 (pp. 31-32).

¹⁶ Romagnosi, *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, § 161 (III, p. 555).

posizione necessaria »¹⁷; e con ciò il Romagnosi intende dire che non è un imperativo assoluto, bensì un imperativo tecnico, « la grand'arte di vivere degli uomini e delle società »¹⁸. In tanto infatti deve essere osservato in quanto si voglia quel determinato fine che è l'utile e il bene di una società in un dato momento storico; di questo utile o bene esso enuncia la necessaria ragione d'esistenza, mentre non ne pone come necessario il conseguimento se non in relazione a determinate circostanze. Come imperativo, il diritto naturale è « legge conseguente » rispetto al diritto naturale come proposizione descrittiva, ma non perché gli consegua deterministicamente, come effetto a causa, bensì perché da tale giudizio conoscitivo (« legge antecedente ») l'uomo deduce ciò che si debba fare od omettere¹⁹.

Empirista e sociologo, il Romagnosi non ha del diritto naturale una concezione metafisica ed extrastorica; egli è uno dei pochissimi che, nei secoli anteriori al nostro, abbia usato l'espressione « diritto naturale » per indicare una norma di condotta storicamente variabile. Evidentemente perché quella « natura » dai cui rapporti reali e necessari esso deve esser dedotto è la natura della società, e quindi la storia, il diritto naturale è per il Romagnosi « tanto esteso, tanto pieghevole, tanto multiforme, quanto estese, pieghevoli e multiformi sono le circostanze necessarie che effettivamente dispongono del destino degli uomini »²⁰. Ma nella natura — nella natura della società — l'uomo trova non le cause della sua azione, bensì i fini: fini che la storia gli propone rivelandogli nel contempo i mezzi per conseguirli, le regole della sua azione, che sono appunto il diritto.

Quanto al diritto naturale in senso soggettivo, ai diritti innati, il Romagnosi li riconnette all'ordine naturale oggettivo: il diritto naturale « come facoltà » è da lui

¹⁷ Ivi, § 192 (p. 567).

¹⁸ Ivi, § 266 (p. 600).

¹⁹ Ivi, § 173 (p. 559).

²⁰ Ivi, § 360 (p. 638).

definito infatti « podestà dell'uomo tanto di agire senza ostacolo a norma della legge di natura, quanto di conseguire da altri ciò che gli è dovuto in forza della legge medesima »²¹: riconferma dell'analogia tra la teoria romagnosiana e quelle dei fisiocratici, e prova ulteriore dell'infondatezza della tesi tradizionale che vede nella filosofia giuridica moderna la priorità logica del diritto naturale soggettivo su quello oggettivo. Il Romagnosi riconosce infine che il diritto soggettivo è forza, ma forza che « agisce in senso conforme all'ordine »²².

Il diritto, quello naturale come quello positivo, è dunque per il Romagnosi sempre indirizzato ad un fine particolare: che egli costantemente ripete essere l'« utile », l'« amor proprio », l'« interesse », escludendo che l'uomo possa agire per altri fini²³. La stessa sanzione della legge naturale non è che il mancato conseguimento del fine desiderato, causato dall'inosservanza della regola tecnica, ricavata dall'osservazione della natura, che indica il comportamento da seguire per raggiungere quel fine²⁴.

L'utile e l'interesse non sono però quelli egoistici dell'individuo: la « costituzione essenziale di ragione della società » richiede che « l'interesse personale sia identificato con l'interesse sociale »²⁵. Il Romagnosi non accetta neppure l'ipotesi del contratto dal quale la società nasca per volontà dei singoli individui perseguiti i loro egoistici fini, negando che si possa concepire un individuo indipendente dagli altri in uno stato presociale²⁶: « lo stato di vera e naturale indipendenza, tanto in fatto quanto in diritto, della specie umana si verifica veramente nel solo stato di società conforme all'ordine morale »²⁷. Ciò funge da « legge antecedente » (nel senso di cui si è detto so-

²¹ Ivi, § 174 (p. 559).

²² Ivi, § 175 (p. 560).

²³ Ivi, § 206 (p. 574).

²⁴ Ivi, § 179 (p. 561).

²⁵ Ivi, § 206 (p. 574).

²⁶ Ivi, § 201 (pp. 571-572).

²⁷ Ivi, § 202 (p. 572).

pra) nel determinare quale deve essere la costituzione razionale della società²⁸: cioè « società di commercio e di aiuto necessario » che si realizzerà « nella più perfetta cospirazione delle mire, degli interessi e delle azioni degli individui collegati »²⁹.

Tutto questo vale anche a determinare i limiti del proclamato utilitarismo del Romagnosi, il quale in verità si richiama ad un « utile » inteso in senso assai lato, da non interpretarsi soltanto edonisticamente: « utile per Archimede era la matematica », egli scrive, « come per Omero la poesia »³⁰. In definitiva, il fine dell'uomo (e quindi del diritto che del raggiungimento dei fini umani è strumento), è l'« incivilimento », lo « stato di civile società », di cui si parla in quasi tutte le opere romagnosiane: cioè il perfezionamento morale dell'umanità, perfezionamento che rimanda a valori etici difficilmente riducibili all'utilità materiale.

4. La concezione romagnosiana della pena.

Empiristica e utilitaristica è anche la dottrina del diritto penale del Romagnosi, che è fra le parti più celebri della sua opera. Egli legittima la pena in considerazione del diritto alla felicità e alla vita che l'uomo ha per natura, e che è lecito difendere anche con la forza³¹: « tutti i mezzi necessari per allontanare il nocumento e procurar la sicurezza formano parte integrante del diritto di difesa fra uomo e uomo », compresi « il dolore, la schiavitù, la morte dell'ingiusto offensore »³².

Fondamento del diritto di punire è quindi la conservazione della società. La pena non ha significato o fine etico: essa è soltanto la « forza repellente » che deve es-

²⁸ Ivi, § § 200 e 203 (pp. 570 e 573).

²⁹ Ivi, § § 204 e 206 (pp. 573-574).

³⁰ Romagnosi, *Ragguaglio storico e statistico degli studj di diritto germanico e naturale in Allemagna*, nota al § 130 (III, p. 543 nota).

³¹ Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, § § 1-185 (IV, pp. 18-63).

³² Ivi, Appendice alla parte I (p. 73).

sere opposta alla « forza impellente » costituita dai motivi che inducono l'uomo al delitto, in modo da neutralizzarli ³³. È anche questa una delle classiche « teorie relative » della pena, opposte alla concezione kantiana e hegeliana di questa come esigenza etica assoluta; ma, al di là di tale prospettiva puramente tecnica di difesa immediata della società, appare presso il Romagnosi anche una preoccupazione d'ordine etico — che si inserisce anch'essa nel suo ideale dell'« incivilimento » — nelle pagine che egli dedica alla necessità della prevenzione del delitto, da realizzare col miglioramento delle condizioni economiche, con l'educazione, la vigilanza, la fiducia nell'amministrazione della giustizia, l'influenza della religione, del senso dell'onore, della morale sociale ³⁴.

La dottrina penalistica romagnosiana ebbe grande risonanza: come pure la teoria costituzionalistica, fondata sul principio dell'« etnicarchia », cioè dell'autonomia dei gruppi nazionali, che andava incontro agli ideali politici dell'epoca, e che sarà ripresa e sviluppata da scrittori posteriori anche sul piano propriamente giuridico.

5. Cattaneo.

Fu per gran parte seguace del Romagnosi, e tale tenne sempre a professarsi, il milanese Carlo Cattaneo (1801-1869), uno dei maggiori scrittori politici del Risorgimento. Per ciò che riguarda il diritto, a cui egli dedicò nel 1853-1854 a Lugano un corso di lezioni che non condusse a termine, l'eco del pensiero romagnosiano si avverte là dove il Cattaneo afferma che il diritto « è la scienza che insegna in qual modo tutti gli uomini possono vivere facendosi tra loro il minor male ed il maggior bene », e che esso « ha radice nell'ordine materiale e morale della natura il quale obbliga ad osservarlo chiunque voglia con-

³³ Ivi, § 335 (p. 108).

³⁴ Ivi, parte IV (§ 903 ss.).

seguire il bene ed evitare il male »³⁵. Il rapporto tra fatto e diritto appare inteso come presso il Romagnosi, cioè come rapporto tra una legge naturalistica e una norma tecnica derivata da questa: il Cattaneo paragona « il fatto artificiale del diritto », che si stabilisce « sul fatto naturale della convivenza », al « fatto artificiale » — cioè appunto alla norma tecnica, creazione umana — dell'agricoltura, costruito dall'uomo sul « fatto naturale dei climi e delle vegetazioni »³⁶, con un paragone già usato dal Romagnosi stesso³⁷.

6. Rosmini. Le opere.

Fra i maggiori pensatori italiani del secolo XIX è Antonio Rosmini-Serbati, nato a Rovereto nel 1797, morto a Stresa nel 1855, sacerdote cattolico di vivissima fede ma aperto agli ideali liberali del Risorgimento. La sua filosofia, pur rivendicando l'oggettività della conoscenza e dei valori morali, non si estrania dai grandi indirizzi di pensiero moderni, e, mentre li combatte in nome della dottrina cattolica, finisce col conciliare in qualche misura quest'ultima con essi, in particolare con il kantismo: cosa che favorirà la fortuna del Rosmini nel nostro secolo, sia durante il predominio in Italia dell'idealismo, sia, ed ancor più, quando dalla crisi di questo si svilupperà uno spiritualismo cattolico riallacciandosi alla tradizione platonico-agostiniana.

L'ispirazione della filosofia del Rosmini risale infatti a sant'Agostino, e quindi in definitiva a Platone; in questo filone del pensiero cristiano egli ritrova l'idea di una illuminazione trascendente che garantisce all'uomo l'oggettività della conoscenza (e per conseguenza della morale), no-

³⁵ Cattaneo, *Del diritto e della morale*, in *Scritti filosofici* a cura di N. Bobbio, Firenze, 1960, II, p. 333.

³⁶ Ivi, pp. 333 e 341.

³⁷ Romagnosi, *Lettere al Valeri*, IV, § 89 (III, p. 33); *Lettere al Vieusseux*, II, §§ 109-110 (III, pp. 532-533).

nostante che a condizione di questa stia, in modo quasi kantiano, l'attività del soggetto pensante. È da tenere presente tuttavia che accanto al filosofo più o meno eclettico vi è nel Rosmini il mistico: anima religiosissima, egli prova, insieme con l'interesse speculativo ed al di sopra di questo, il richiamo autenticamente cristiano della fede e dell'amore di Dio, che in alcune sue opere, meno note, coerentemente e rigorosamente segue; il che non è senza conseguenze su alcuni aspetti della sua dottrina che qui ci interesseranno in modo particolare.

Alla filosofia giuridica il Rosmini dedicò un'opera apposita, dal titolo appunto di *Filosofia del diritto*, apparsa in due volumi nel 1841 e nel 1843; ma di argomenti ad essa connessi trattò altresì nella *Filosofia della politica* (1839), in cui presero forma definitiva studi iniziati fino dal 1822, principale dei quali *La società ed il suo fine*. Nella vasta produzione rosminiana interessano inoltre il nostro argomento le opere di filosofia morale, come i *Principi della scienza morale* (1831), il *Trattato della coscienza morale* (1839), il *Compendio di etica* (edito nel 1907), ed opere politiche come *Della naturale costituzione della società civile* (edita anch'essa postuma nel 1887), ed i *Progetti di costituzione*, pubblicati soltanto nel 1952 ma comprendenti *La costituzione secondo la giustizia sociale*, apparsa invece nel 1827. Riguarda problemi sociali e politici anche la *Teodicea* (1845); ed in alcune delle opere propriamente religiose (come negli scritti pubblicati sotto il titolo di *Ascetica* e nelle *Operette spirituali*) si incontrano pensieri che, dettati dall'ardore mistico anziché dalla riflessione filosofica, rivelano importanti, anche se poco noti, atteggiamenti del Rosmini nel campo dei problemi sociali e giuridici.

7. Diritto e persona nel pensiero rosminiano.

Il Rosmini guarda al diritto nell'aspetto soggettivo di esso, quello di facoltà, non di norma; e lo definisce « una

facoltà di operare ciò che piace, protetta dalla legge morale, che ne ingiunge ad altri il rispetto »³⁸. È la legge morale infatti, egli dice, che, « nel tempo stesso che accorda ad una persona la libertà di operare, proibisce alle altre il turbare quella operazione »³⁹. Il richiamo alla legge morale, ad un principio etico, si chiarisce nell'affermazione che il concetto del diritto « suppone primieramente una persona, un autore delle proprie azioni », e che perché « un essere si possa dire autore delle sue azioni, bisogna che *egli* sia quegli che le fa: questo *egli* esiste solo, se conosce e se vuole: in breve, se è una persona »⁴⁰.

Questo concetto di *persona* è fondamentale nel pensiero etico e giuridico rosminiano⁴¹; esso costituisce lo strumento per tentar di evitare l'individualismo empiristico degli illuministi, che privava l'uomo d'ogni orizzonte etico-metafisico e non aveva altra conclusione che l'utilitarismo, ed in pari tempo l'universalismo idealistico di tipo hegeliano, che per affermare l'eticità della storia sommergeva l'individuo nell'assoluto. La « persona » vuol rivestire valore etico senza per questo cessare d'essere individualità: al naturalismo da un lato, all'idealismo dall'altro, il Rosmini contrappone una concezione spiritualistica in cui l'uomo, la persona, è visto come portatore di un valore etico-religioso. Al termine « persona » infatti, che già il Kant e lo Hegel avevano usato per indicare l'uomo come valore etico in quanto soggetto di razionalità, il Rosmini attribuisce un ulteriore significato religioso, per il quale il valore si riconnette a Dio, Essere e Valore supremo che è condizione dell'essere e del valore di ogni realtà, e in primo luogo dell'uomo.

³⁸ Rosmini, *Filosofia del diritto*, p. 107 nell'ediz. nazionale delle opere (voll. XXXV-XL); cfr. p. 20, e v. anche *Compendio di etica*, § 409, e *Il sistema filosofico*, § 226.

³⁹ Ivi.

⁴⁰ Ivi, pp. 106-107.

⁴¹ V. soprattutto *Antropologia in servizio della scienza morale*, nn. 832-864; ma anche *Principi della scienza morale*, IV, 8, e *La società ed il suo fine*, in *Filosofia della politica*, Milano, 1837, p. 96.

Il valore morale della persona, ossia del soggetto umano individuale, comporta che gli altri soggetti abbiano il dovere del pari *morale* di rispettarla; e appunto di qui, secondo il Rosmini, nasce il diritto. Il *prius* è il dovere morale di rispettare l'altrui soggetto in quanto persona; il diritto che questa possiede in tanto esiste in quanto gli altri hanno il dovere di rispettarla ⁴².

Viene così capovolta la prospettiva settecentesca in cui « si volevano derivare i doveri dai diritti, anziché i diritti da' doveri; ed era dottrina funestissima di egoismo disumano » ⁴³. Il diritto è ricondotto alla morale: l'obbligazione giuridica è « lo stesso dovere morale, che obbliga una persona a lasciare intatta e libera qualche attività propria di un'altra persona » ⁴⁴. Del pari, non può essere oggetto del diritto ciò che non è moralmente lecito: benché riconosca che il diritto soggettivo non può non aver per fine un bene di natura utilitaria, o, com'egli dice, « eudemonologica » ⁴⁵ (la scienza del diritto « sta in mezzo all'Eudemonologia ed all'Etica », e « propriamente versa nella relazione di ciò che è eudemonologico con ciò che è morale » ⁴⁶), il Rosmini nega che si dia diritto « di fare cose che sieno moralmente male » ⁴⁷; ed infatti critica, per aver separato il diritto dalla morale, Tomasio e i giusnaturalisti tedeschi, compreso il Kant ⁴⁸.

Vi è senza dubbio, in questa riadduzione del diritto alla morale, e ad una morale che a sua volta rinvia alla

⁴² Rosmini, *Filosofia del diritto*, p. 128.

⁴³ Ivi, p. 127.

⁴⁴ Ivi, pp. 132-133.

⁴⁵ Ivi, pp. 113-115.

⁴⁶ Ivi, p. 20: ed infatti qui il diritto era detto « una facoltà che l'uomo ha di fare o patire checchessia a sé utile, protetta dalla legge morale ecc. ». Così pure nel *Sistema filosofico*, § 226, il diritto è detto « una facoltà eudemonologica protetta dalla legge morale ».

⁴⁷ Ivi, pp. 116-118.

⁴⁸ Ivi, pp. 28-30. Del giusnaturalismo del secolo XVIII il Rosmini parla a lungo, con particolare riferimento al Rousseau e criticando soprattutto la teoria dello stato di natura, anche in *La società ed il suo fine*, IV (pp. 104-113).

trascendenza, una reazione alla laicizzazione del diritto che era stata perseguita dal giusnaturalismo sei-settecentesco; e la critica a Tomasio ed al Kant ne è un'espressione significativa. D'altra parte il Rosmini, cattolico liberale, cresciuto nel clima della Restaurazione ma non sordo alle istanze del pensiero moderno, perviene per questa via, « cristiana » e antiilluministica, a posizioni giusnaturalistiche; ed è notevole che queste non sono le posizioni del giusnaturalismo cattolico tradizionale della Scolastica, verso la quale egli mostra, almeno negli anni della sua maturità, scarsa simpatia (avvertendone fra l'altro, molto acutamente, il razionalismo e quindi la scarsa religiosità)⁴⁹.

8. La derivazione dei diritti.

Lo stesso punto di vista dal quale il Rosmini si pone nel considerare il diritto naturale è affine a quello caratteristico del giusnaturalismo sei-settecentesco: « diritto naturale » è per lui il diritto naturale soggettivo, il diritto innato. Anzi, l'impostazione di tutta la trattazione del diritto in tale prospettiva è manifestamente determinata dall'interesse del Rosmini per i diritti naturali soggettivi, destato in lui dalle teorie illuministiche.

Contro queste, egli nega che i diritti possano determinarsi « dal fine, a cui essi sono ordinati dalla natura », come nel caso del diritto alla conservazione dell'uomo o della specie⁵⁰, esempio tipico dei diritti innati illuministici. Anziché dal loro fine — ossia dal bene che ne è oggetto — i diritti devono dedursi « dalle facoltà e attività stesse in cui esistono »⁵¹: la ragion d'essere del diritto, cioè, sta nel valore del titolare di esso in quanto persona e dell'attività che come tale egli compie, non nel bene a cui questa attività si rivolge.

⁴⁹ Rosmini, *Delle cinque piaghe della Santa Chiesa*, II, § 37 e relativa nota 34.

⁵⁰ Rosmini, *Filosofia del diritto*, p. 153.

⁵¹ Ivi, p. 154.

I diritti (e correlativamente i doveri giuridici) sono determinati infatti da ciò che il Rosmini chiama « proprietà »: non nel solo senso di facoltà di disporre di una cosa, ma nel significato di « tutto ciò che la persona ha seco congiunto come parte di sé, ossia come *suo* »⁵². « In tal significato », egli soggiunge, « la proprietà costituisce una sfera intorno alla persona, di cui la persona è il centro; nella quale sfera niun altro può entrare; niuno potendo staccare dalla persona ciò che le è congiunto della detta congiunzione; giacché questo distacco cagionerebbe dolore alla persona; e ogni dolore cagionato ad una persona, per sé stesso considerato, è proibito dalla legge morale come un male »⁵³. Il bene tutelato come diritto è insomma sempre costituito dalla persona, in conseguenza del valore assoluto — etico perché ontologico — di questa: « la persona dell'uomo è il diritto umano sussistente: quindi anco l'essenza del diritto »⁵⁴.

Questo della « proprietà », e non quello kantiano della possibilità di coesistenza degli individui, di cui si dilunga a dimostrare l'insufficienza⁵⁵ — è per il Rosmini il principio della derivazione e determinazione dei diritti (e della lesione di essi⁵⁶). In base a tale principio egli passa perciò a trattare del « diritto derivato »⁵⁷, cioè del sistema dei vari diritti soggettivi in quanto rapportati ad esso, che li costituisce.

Tale diritto, che il Rosmini definisce « razionale » anziché « naturale » perché deriva dalla natura intesa come ragione e non dalla natura fisica⁵⁸, viene distinto, con una distinzione applicata all'intera trattazione, in « diritto in-

⁵² Ivi, p. 159.

⁵³ Ivi, p. 160.

⁵⁴ Ivi, p. 191.

⁵⁵ Ivi, pp. 160-171.

⁵⁶ Ivi, p. 172.

⁵⁷ Ivi, p. 175 ss.

⁵⁸ Ivi, p. 176; cfr. *La società ed il suo fine*, IV (pp. 105-106), dove è respinta la definizione di Ulpiano del diritto naturale come « *quod natura omnia animalia docuit* ».

dividuale » e in « diritto sociale »⁵⁹: il primo considerante gli uomini « coesistenti bensì fra loro, ma in uno stato di isolamento in quanto agli interessi loro, ed a' mezzi di promuoverli »⁶⁰, cioè riguardante i diritti che l'individuo possiede di per sé, e che possederebbe anche nell'ipotesi teorica che visse isolato dagli altri; il secondo rivolto « a vedere come s'ingenerano diritti nuovi mediante le società nelle quali gl'individui s'avvincolano » e ad esaminarne la natura e la connessione⁶¹.

Come si vede, il Rosmini continua per tutta l'opera a considerare il diritto sotto l'aspetto del diritto soggettivo. Egli prende a trattare anzitutto dei diritti innati, che chiama « connaturali »⁶², non diversamente dai giusnaturalisti illuministi, ai quali si avvicina anche nell'affermare che il diritto naturale in tanto è tale in quanto è razionale⁶³; senonché la ragione è per il Rosmini, come si è detto, illuminazione divina, sicché il fondamento ultimo dei diritti innati finisce col ricollegarsi alla trascendenza.

In uno dei diritti « connaturali », il diritto « di porre tutte quelle azioni lecite, a noi utili, che gli altri non possono con ragione impedirci, e di acquistare con esse degli altri diritti », trovano il loro titolo di validità quelli che il Rosmini chiama « diritti acquisiti »⁶⁴ e che egli enumera minutamente⁶⁵; passando poi alla trattazione del « diritto sociale » (la quale si riallaccia ad una sua opera precedente, *La società ed il suo fine*, compresa nella *Filosofia della politica*), in cui sono distinti, classificati ed esaminati i vari tipi di società⁶⁶.

Queste, oltre che dal diritto naturale, sono regolate da un diritto proprio di ciascun tipo di esse, del quale una

⁵⁹ Ivi, p. 181.

⁶⁰ Ivi, p. 183.

⁶¹ Ivi, p. 715.

⁶² Ivi, pp. 185-251.

⁶³ Ivi, pp. 176-179.

⁶⁴ Ivi, p. 259; cfr. p. 249.

⁶⁵ Ivi, pp. 259-712.

⁶⁶ Ivi, p. 715 ss.

parte è « razionale », nel senso che si può dedurre dal fine e dalla natura della società di cui si tratta, ed un'altra è « convenzionale », cioè nasce dall'accordo dei soci ⁶⁷. Il Rosmini si sofferma sulle tre società che egli dice « necessarie alla perfetta organizzazione del genere umano »: la « teocratica », che è la società tra gli uomini e Dio; la « domestica », che è la famiglia; e la « civile », che culmina nello Stato. Di quest'ultima, egli afferma che « lascia intatti i diritti di tutti gl'individui, e delle due società che nell'ordine logico la precedono », diritti di cui non può mutare il valore, ma soltanto regolare la « modalità » ⁶⁸: configurando in modi diversi un diritto, però « senza scemare punto il bene che esso contiene » ⁶⁹.

È da osservare che in questa lunga trattazione del « diritto derivato », al di là della deduzione sistematica dei vari istituti — che richiama alla mente gli schemi astratti del giusnaturalismo sei-settecentesco — il Rosmini appunta il suo interesse su ciascuno di essi nella sua particolarità e nella sua storicità, penetrandone lo spirito per coglierne il valore in cui egli ne fa consistere l'universale ragione d'essere. Si può scorgere in questo un atteggiamento affine a quello dello Hegel, che del pari, nella *Filosofia del diritto*, vedeva attuarsi concretamente nei singoli istituti la razionalità della realtà; ma, pur se si può vedere il Rosmini accostarsi per questa via ad una posizione storicistica, se non altro in quanto egli supera l'astratto e indeterminato giusnaturalismo tradizionale, è da ricordare sempre che il valore, o l'essere, a cui il Rosmini si riferisce, e che egli vede incarnarsi nei diversi istituti storici, è, differentemente da quello hegeliano, anche se riflesso nell'uomo e nella storia, un valore ed un essere trascendente.

⁶⁷ Ivi, p. 847.

⁶⁸ Ivi, p. 1223; cfr. p. 1215.

⁶⁹ Ivi, p. 1419.

9. La giustizia nel pensiero del Rosmini.

Con la trattazione della società civile finisce la *Filosofia del diritto* del Rosmini; o meglio, con quella parte di tale argomento che riguarda la giustizia in questa società, giustizia la cui scienza è preliminare all'altra parte della dottrina di essa, la filosofia della politica, che con la filosofia del diritto è nel rapporto di mezzo a fine ⁷⁰. Le ultime pagine dell'opera riprendono così il tema delle prime, in cui il Rosmini, contrapponendo la propria filosofia giuridica a quelle utilitaristiche di ispirazione illuministica e sensistica, l'aveva definita appunto « scienza della giustizia » ⁷¹.

È sotto questo profilo della *giustizia* delle leggi che il Rosmini, il quale, come abbiamo veduto, svolge poi esclusivamente una filosofia del diritto soggettivo, tocca l'argomento del diritto naturale in senso oggettivo (della cui dottrina traccia anche un cenno storico ⁷² che si aggiunge a quello contenuto in *La società ed il suo fine* ⁷³), riducendo in sostanza la giustizia ad esso, ricollegato a Dio: contro il giusnaturalismo laico illuministico, di cui pure il Rosmini accetta in pratica il contenuto, ed in conformità della propria etica che riconnette la legge morale all'idea dell'Essere, di provenienza divina.

Anche a proposito della polemica sulla codificazione, il Rosmini dà sí ragione al Thibaut, scorgendo addirittura in un auspicato codice « comune a tutte le contrade italiane » il « mezzo morale degno della sapienza de' governi, a raccogliere e quasi collegare le squarciate membra del bel paese » ⁷⁴; ma riprova energicamente che, come era avvenuto dopo la codificazione francese, « la legge dell'uomo tenti di soggiogare sacrilegamente la legge della natura e di Dio » ⁷⁵ con l'affermare la legge positiva come solo di-

⁷⁰ Ivi, p. 18.

⁷¹ Ivi, p. 12.

⁷² Ivi, pp. 21-30.

⁷³ V. sopra, nota 48.

⁷⁴ Rosmini, *Filosofia del diritto*, p. 9.

⁷⁵ Ivi, p. 10.

ritto⁷⁶, e vorrebbe che invece in fronte al codice fosse scritto che « unica legge dello Stato, alla quale noi pure siamo sottomessi, è la giustizia quale la ragione dal Vangelo illuminata la dichiara »⁷⁷. Errore è per lui voler dedurre tutte le leggi dalla volontà di un sovrano, sia questi un re, sia il popolo; la loro fonte « non può essere che l'eterna ragione e Dio »⁷⁸. Si rivela qui, come in tutte le opere rosminiane, l'esigenza eclettica di conciliare razionalismo e religione. Ma questo aspetto della filosofia del Rosmini, che è stato ed è uno dei maggiori motivi di fortuna di essa in Italia, ed è quello più noto, è spesso superato e quasi si potrebbe dire travolto dalla fervida, profonda, autentica religiosità del Rosmini: religiosità che gli fa distinguere dalla « giustizia naturale », determinata dalla volontà razionale, una « giustizia soprannaturale », o santità, « informata dalla grazia »⁷⁹. Questa « giustizia » — che è quella che con tal nome veniva chiamata nei vangeli e negli scritti protocristiani, e talvolta ancora in sant'Agostino⁸⁰ —, il Rosmini spesso parla nelle opere ascetiche⁸¹ identificandola con la carità⁸², intesa anche que-

⁷⁶ Per la critica del Rosmini a ciò che egli chiama « positivismo sociale » e « legalismo », cioè al positivismo giuridico, v. *La società ed il suo fine*, XI, e in part. p. 136: ivi al « diritto sociale », cioè al diritto posto dall'« ordine sociale » e quindi dallo Stato, si antepongono e contrappongono « diritti extrasociali » inalienabili, « inerenti alla dignità umana », parte del diritto naturale che « non viene assorbito da nessuna associazione » (p. 133). Il Rosmini peraltro rifiuta anche l'esagerazione del diritto extrasociale a danno del diritto sociale, cosa che « trae seco l'ultraliberalismo e l'anarchia » (p. 137).

⁷⁷ Rosmini, *Filosofia del diritto*, p. 10.

⁷⁸ Rosmini, *La società ed il suo fine*, XI (p. 137).

⁷⁹ Rosmini, *La dottrina del peccato originale in difesa del trattato della coscienza contro il finto Eusebio cristiano*, II, 17 (in *Opuscoli morali*, vol. XXXI dell'ediz. nazionale, pp. 40-41).

⁸⁰ Rosmini, *Filosofia del diritto*, p. 139 nota. Si ricordi quanto fu detto nel vol. I, pp. 171-172, 184, 202-203.

⁸¹ Rosmini, *Ascetica*, Milano, 1840, pp. 146 e 256; *La dottrina della carità*, Domodossola, 1953³, p. 70; e, in quest'ultimo volumetto (pp. 20-47), tutto il discorso su *La giustizia*.

⁸² Rosmini, *Filosofia del diritto*, p. 139 nota cit.; ed inoltre *Ascetica*, pp. 165 e 257; *La dottrina della carità*, pp. 14, 27, 100, 105, 148.

sta, secondo la terminologia cristiana originaria, come l'amore soprannaturale che unisce l'uomo a Dio⁸³. Per converso, nelle opere filosofiche egli distingue i doveri di carità da quelli di giustizia, che sono « i doveri verso gli uomini a' quali rispondono in questi de' diritti »; ma perché « qui la parola giustizia è presa in un senso stretto: questa giustizia è il fondamento del jus civile »⁸⁴. Del contrasto tra il Rosmini filosofo e il Rosmini mistico i due diversi piani su cui egli vede la giustizia sono un documento eloquente. E per verità egli appare assai più coerente e conseguente nella radicalità del suo cristianesimo mistico, e perciò autentico, ardente di uno slancio perenne di amore, che non nell'eclettismo della sua filosofia, compromesso intellettualistico tra cristianesimo agostiniano e pensiero moderno. Anche nel particolare campo della filosofia del diritto, è coerente e conseguente la riduzione della giustizia alla santità ed all'amore di Dio, che riprende uno dei motivi centrali del cristianesimo delle origini, mentre appare speculativamente debole la concezione della filosofia giuridica come via di mezzo tra l'etica e l'« eudemonologia », che cerca di attribuire valore morale al diritto senza negarne la funzione utilitaria.

10. *Mazzini*.

Il pensiero di Giuseppe Mazzini (1805-1872), come quello di molti altri scrittori politici del Risorgimento, non interessa propriamente la storia della filosofia del diritto; ma in quello che è lo scritto sistematico mazziniano di più profondo impegno, *I doveri dell'uomo* (1860), si parla anche di diritti: ed in modo così personale ed originale che qui non si può tacerne.

⁸³ Rosmini, *Ascetica*, pp. 254-255; *La dottrina della carità*, p. 128.

⁸⁴ Rosmini, *Principi della scienza morale*, VII, 7 (p. 121 e relativa nota del vol. XXI dell'ediz. nazionale).

All'idea del diritto (soggettivo) il Mazzini antepone l'idea del dovere. « Perché vi parlo io dei vostri *doveri* prima di parlarvi dei vostri diritti? », egli domanda, rivolgendosi agli operai italiani⁸⁵. E risponde che l'idea dei diritti dell'uomo ha trionfato sì quasi dappertutto, ma senza che la condizione del popolo migliorasse; e ciò perché ciascuno si preoccupò soltanto dei propri diritti, e quando questi si trovarono in contrasto con quelli degli altri « fu guerra: guerra non di sangue, ma d'oro e d'insidie », in cui gli uomini « s'educarono all'egoismo, e all'avidità dei beni materiali esclusivamente »⁸⁶.

Ora non è, scrive il Mazzini, che non vi siano diritti; ma il problema primo è di conciliare e armonizzare i diritti di ogni individuo con quelli degli altri, senza ricorrere « a qualche cosa di superiore a tutti i diritti »⁸⁷; e di fare in modo che, conquistati i diritti propri, individui e classi non si servano di tale conquista per calpestare quelli altrui. Questo problema è, per il Mazzini, un problema di *educazione*; e il principio dell'educazione è il *dovere*. I diritti « non sono se non una conseguenza di doveri adempiti, e bisogna cominciare da questi per giungere a quelli »⁸⁸. Dagli operai il miglioramento delle condizioni materiali deve essere perseguito come mezzo, non come fine; per senso di dovere, non unicamente di diritto; per farsi migliori, non unicamente per farsi materialmente felici⁸⁹.

Non si tratta perciò di combattere le classi dominanti, o di cambiare la situazione economica perché cambi la società (secondo quanto sostenevano, come vedremo, il Marx ed i suoi seguaci). Sono gli uomini che debbono essere cambiati, cominciando da noi stessi: « gli uomini buoni

⁸⁵ Mazzini, *I doveri dell'uomo*, I, p. 7 del vol. LXIX, dell'ediz. nazionale degli *Scritti editi ed inediti*, Imola, 1935.

⁸⁶ Ivi, pp. 11-12.

⁸⁷ Ivi, p. 12.

⁸⁸ Ivi, p. 17.

⁸⁹ Ivi, p. 19.

fanno buone le organizzazioni cattive, i malvagi fanno tristi le buone. Si tratta di render migliori e convinte dei loro doveri le classi ch'oggi, volontariamente o involontariamente, v'opprimono; né potete riescirvi se non cominciando a fare, per quanto è possibile, migliori voi stessi »⁹⁰.

Queste nobilissime, anche se non molto realistiche idee, frutto di una visione religiosa della vita e della missione dell'uomo (benché non connessa a religioni positive), non furono del tutto senza efficacia: una minoranza di spiriti entusiasti le seguì, anche nel mondo operaio. Ma il movimento di emancipazione dei lavoratori, pur condividendo la sfiducia del Mazzini nell'azione degli ideali illuministici dei diritti dell'uomo, prese, come si dirà fra poco, vie per gran parte opposte a quelle indicate dal grande patriota italiano.

11. Mamiani e Mancini.

Terenzio Mamiani della Rovere (1799-1885) deve essere ricordato qui soprattutto per la polemica che ebbe con Pasquale Stanislao Mancini (1817-1889) intorno al diritto di punire, argomento che condusse entrambi ad affrontare il preliminare problema della natura del diritto. Il Mamiani, che professava un ontologismo platonizzante, nega risolutamente che il diritto possa essere separato dalla morale, e tiene a distinguersi da « coloro che, lasciandosi trarre dal mal vezzo del secolo, e più dall'esempio degli stranieri, confondono insieme le dottrine più assolute ed inconciliabili, battezzando cotal miscuglio del grazioso nome di *ecletticismo* »⁹¹. Così egli scriveva in una lettera al Mancini (pubblicata con un'altra, e con le due risposte,

⁹⁰ Ivi, p. 20.

⁹¹ Mamiani, *Lettera seconda*, in *Fondamenti della filosofia del diritto e singolarmente del diritto di punire*, *Lettere di T. Mamiani e P. S. Mancini*, Livorno, 1875, p. 59.

nel 1841), riferendosi soprattutto a Pellegrino Rossi, ma cogliendo quella che era la caratteristica prevalente della timida filosofia italiana del tempo.

Il Mancini, giurista e non filosofo, non respinge la qualifica di eclettico; e, nel sostenere la differenza tra diritto e morale, dà torto tanto agli « idealisti » (cioè ai platonici, come appunto il Mamiani), quanto agli utilitaristi. Gli uni e gli altri « mutilarono la natura umana » e « non conobbero la necessità metafisica di ammetter l'armonia di due elementi che all'una ed all'altra parte dell'uomo corrispondessero »; mentre nel diritto avviene « la felice alleanza della ragione e de' sensi, del reale coll'ideale, delle conoscenze *a priori* e delle sperimentali, della virtù e della felicità; e tutto per lo scopo del bene della Personalità Umana, considerata come mista dell'elemento morale e del sensibile »⁹².

Più che per questa non certo originale e profonda filosofia, il Mancini va ricordato per la sua dottrina del principio di nazionalità, enunciata in una celebre prolusione del 1851⁹³ e sviluppata poi fino a dare una configurazione giuridica alle nazioni dichiarando queste, anziché gli Stati, soggetti dell'ordinamento giuridico internazionale, in quanto « prodotto non arbitrario e mutabile dell'umano artificio, ma opere naturali e divine, sole individualità veramente capaci di addivenire società politiche »⁹⁴.

Veniva così affermata una sorta di diritto naturale di ogni nazione a costituirsi in Stato, che corrispondeva agli ideali politici dominanti nell'Ottocento; e la teoria del Mancini, pur non venendo generalmente accettata sul piano tecnico-giuridico, esercitò una notevole efficacia storica anche sotto tale aspetto, favorendo lo sviluppo degli isti-

⁹² Mancini, *Lettera prima*, ivi, pp. 86-87.

⁹³ *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, ora nella raccolta *Saggi sulla nazionalità*, a cura di F. Lopez de Oñate, Roma, 1944.

⁹⁴ Mancini, *Lineamenti del vecchio e del nuovo diritto delle genti*, IV, pp. 81-82 dei *Saggi sulla nazionalità* cit.

tuti di diritto internazionale rivolti alla protezione delle nazionalità. La sua importanza sta tuttavia proprio nel suo aspetto filosofico, cioè nella concezione della nazione come soggetto di diritto (di un diritto, come si è detto, « naturale », giacché non può certo parlarsi di essa come soggetto di diritto positivo, anche se era a ciò che il Mancini mirava), non in quanto realtà naturalistica ma in quanto realtà etica, volontà che implica la libertà.

12. *Cattolici conservatori: Taparelli, Liberatore, Audisio.*

Di contro agli scrittori che, più o meno direttamente, cooperavano alla formazione della coscienza civile e politica degli italiani, così da poter essere compresi fra gli artefici del Risorgimento — taluno, come il Cattaneo e il Mazzini, tra i massimi — bisogna ora ricordarne altri che, a loro contemporanei, al moto d'idee risorgimentale furono non solo estranei ma avversari. Così fu per alcuni cattolici conservatori radicalmente ostili al pensiero moderno (differentemente dal Rosmini, che ad esso era stato abbastanza aperto, come rivela anche la sua filosofia giuridica con l'incentrarsi sull'idea del diritto soggettivo).

Tale ostilità si spiega anche con l'intensità delle controversie culturali e politiche dell'epoca, particolarmente acute in Italia, dove al contrasto tra pensiero laico liberale di ispirazione illuministica e dottrine clericali conservatrici — contrasto vivacissimo anche in Francia — si aggiungeva la questione del potere temporale della Chiesa, che si presentava come uno dei più gravi ostacoli alla realizzazione degli ideali nazionali. Sullo sfondo delle dottrine di cui ora faremo cenno, la polemica ideologico-politica è facilmente riconoscibile.

Con un'esplicita critica alla filosofia moderna, di cui sarebbe stato iniziatore il protestantesimo con l'affermazione della libertà delle coscienze, si apre il *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* (1840-1843) del

gesuita piemontese Luigi Taparelli d'Azeglio (1793-1862)⁹⁵. Il pensiero moderno infatti « fa libero a ciascuno l'opinare a capriccio, come intorno alle teorie religiose così intorno alla pratica morale »; e d'altra parte « nessuna società potrebbe sussistere un giorno solo » se venisse meno l'unità di morale e di diritto⁹⁶.

Il diritto è ricondotto dunque dal Taparelli ad un principio assoluto; e, benché tale principio sia identificato con la razionalità, le conseguenze che da ciò egli trae sono molto diverse da quelle che il Rosmini aveva tratto dal rifiuto, apparentemente analogo, della distinzione del diritto dalla morale, per le quali, nonostante il richiamo alla trascendenza, anzi proprio per mezzo di questo, veniva riconosciuto al soggetto individuale, alla « persona », un valore autonomo non molto lontano, in pratica, da quello che gli era attribuito dal giusnaturalismo laico e liberale.

Il Taparelli infatti, riferendosi all'insegnamento di san Tommaso, pone sì come fonte del diritto naturale la religione; ma precisa che questa non è costitutiva di tale diritto, giacché l'ordine che essa fa conoscere, e che costituisce il Bene, le preesiste⁹⁷. Questa idea dell'ordine metafisico è al centro della dottrina del Taparelli, per il quale la ragione, e quindi il diritto naturale, è mezzo per il conseguimento di un fine che le è anteriore. Su tale ordine si fonda anche il diritto soggettivo: « tosto che l'ordine che io conosco mi presenta una intelligenza obbligata ad operare verso un'altra intelligenza, io ravviso in questa il *dritto* ossia il *potere secondo ragione* verso la intelligenza obbligata. Se io secondo ragione *debbo* a voi rispetto, obbedienza, amore, roba ecc. voi *potete* secondo ragione da me esi-

⁹⁵ Del *Saggio* il Taparelli pubblicò anche un sunto, *Corso elementare di natural diritto ad uso delle scuole* (1845); e del *Saggio* egli stesso considerò « quasi appendice o commento » l'*Esame critico degli ordini rappresentativi* (1854).

⁹⁶ Taparelli, *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*, Introduzione (nella 2ª ediz., Roma, 1855, I, p. XII).

⁹⁷ Ivi, § 98 (I, pp. 73-75).

gere che ve li tributi; ma la obbligazione in me non nasce dal vostro dritto, né il vostro dritto dalla mia obbligazione: sì l'uno e l'altro nascono allo stesso tempo dalle leggi di ordine eterno a noi comunicate dalla ragion nostra »⁹⁸.

Il Taparelli evita così il razionalismo soggettivistico a cui la dottrina tomistica della legge naturale come norma dettata dalla ragione può condurre (come storicamente in vari casi, lo abbiamo veduto, condusse), e limita la funzione della ragione alla conoscenza di una realtà ontologica oggettiva: conoscenza che gli appar confermata dai « fatti » (dove il titolo del libro) costituiti in definitiva dalle « naturali idee comunissime espresse con sincera chiarezza dal linguaggio del volgo »⁹⁹.

La specificazione dei precetti del diritto naturale compiuta minutamente dal Taparelli è interessante soprattutto quando essi vengono applicati al campo politico, per il loro tipico carattere reazionario: « dalle leggi e dal fine universale della umana natura » deriva il diritto divino dei re¹⁰⁰; « gagliardo ed evidente » è il diritto della società di punire i delitti di opinione politica¹⁰¹; « enorme offesa » si fa alla « reale interna libertà dell'uom ragionevole » con la libertà di stampa¹⁰²; il suffragio universale è ingiusto, nocivo e bugiardo¹⁰³.

Non molto diverse sono le conclusioni di un altro gesuita, seguace del Taparelli e avversario del Rosmini, il salernitano Matteo Liberatore (1810-1892), autore fra l'altro di due trattazioni di diritto naturale¹⁰⁴, il quale, muovendo apparentemente dalla definizione tomistica della

⁹⁸ Ivi, § 347 (I, p. 224); cfr. § 348 (I, p. 225).

⁹⁹ Ivi, Introduzione (I, p. XI).

¹⁰⁰ Ivi, § 503 (I, p. 334).

¹⁰¹ Ivi, § 1052 (II, p. 62).

¹⁰² Taparelli, *Esame critico degli ordini rappresentativi*, Roma, 1854, I, p. VIII.

¹⁰³ Ivi, I, p. 303.

¹⁰⁴ *Ethicae et iuris naturalis elementa* (1846), che nell'ediz. del 1855 prese il titolo di *Institutiones ethicae et iuris naturae*; e *Compendium ethicae et iuris naturae* (1886). L'una e l'altra opera apparvero anche in italiano e furono più volte ristampate.

legge naturale come partecipazione della legge eterna nella ragione dell'uomo, ma intendendo la *lex aeterna* non, secondo quanto aveva fatto san Tommaso, come *ragione* di Dio, bensì come « dettame della sapienza e della volontà divina », e riconducendola così alla concezione volontaristica¹⁰⁵.

Anche l'opera del Liberatore interessa più che altro come esempio di giusnaturalismo conservatore, anzi reazionario: vi si dichiara, ad esempio, inammissibile l'uguaglianza giuridica e morale dei coniugi¹⁰⁶, e così pure la sovranità popolare (*plebea maiestas*)¹⁰⁷ e la divisione dei poteri dello Stato¹⁰⁸; il popolo deve sì essere istruito ma non troppo, perché non diventi superbo, indocile, avido di cambiare condizione, insofferente della fatica, turbolento¹⁰⁹; è necessaria la censura preventiva sulla stampa¹¹⁰.

Su posizioni analoghe troviamo, un po' più tardi, il canonico piemontese Guglielmo Audisio (1802-1882), che inizia la sua opera sul diritto naturale (*Iuris naturae et gentium privati et publici fundamenta*, 1852) dicendo che « la legge naturale, nella società umana, è la fonte dell'equità, il fondamento della libertà »¹¹¹, ma mostra subito dopo di intendere con « legge naturale » la legge divina, con la conseguenza immediata che uno dei requisiti della validità e dell'equità delle leggi positive è che « siano emanate da un superiore al quale il potere di governare e di obbligare sia stato conferito da Dio »¹¹². Anche l'Audisio si richiama tomisticamente alla ragione¹¹³; ma scrive poi che, nello stabilire il criterio della validità delle leggi, non ci si deve

¹⁰⁵ Liberatore, *Ethicae et iuris naturalis elementa*, I, § 47.

¹⁰⁶ Ivi, II, § 62.

¹⁰⁷ Ivi, II, § 98.

¹⁰⁸ Ivi, II, § 127.

¹⁰⁹ Ivi, II, § 136.

¹¹⁰ Ivi.

¹¹¹ Audisio, *Iuris naturae et gentium privati et publici fundamenta*, I, V, 1 (nella 2^a ediz., Napoli, 1853, p. 38).

¹¹² Ivi, I, V, 4 (p. 39).

¹¹³ Ivi, I, II, 7 ss. (p. 16 ss.); I, III, 5 ss. (p. 25 ss.).

riferire alla ragione dell'uomo ma soltanto alla ragione di Dio *ed alla sua volontà*, che comandano di conservare l'ordine della società e vietano di turbarlo ¹¹⁴.

Le deduzioni da queste premesse, che sostituiscono surrettiziamente al giusnaturalismo razionale di san Tommaso quello volontaristico, nel sottinteso che con volontà di Dio si debba poi intendere la volontà della Chiesa, non differiscono dalle conclusioni del Liberatore: lo Stato rappresentativo riunisce i difetti di tutte le forme di governo ¹¹⁵; è da raccomandarsi la censura preventiva ¹¹⁶; è da negarsi la libertà di culto ¹¹⁷; e così via.

Sono, come si vede, idee che la stessa dottrina cattolica rifiuterà un secolo dopo; e il ricollegamento di esse al diritto naturale mostra come quest'ultimo, quando non sia inteso come principio formale di razionalità (quale lo concepiva in realtà san Tommaso stesso, riducendolo al principio « si deve fare il bene, si deve evitare il male » ¹¹⁸), possa essere messo a fondamento di dottrine giuridiche e politiche tanto liberali quanto reazionarie. I giusnaturalisti cattolici italiani dell'Ottocento professano le seconde, in dichiarata polemica con quelle, richiamantisi anch'esse al diritto naturale, che avevano ispirato la rivoluzione francese e che ispiravano l'azione della maggior parte dei patrioti italiani.

¹¹⁴ Ivi, I, V, 16 (p. 44).

¹¹⁵ Ivi, III, VIII, 3 (pp. 283-284).

¹¹⁶ Ivi, III, VIII, 13 (p. 289).

¹¹⁷ Ivi, III, XIII (pp. 327-332).

¹¹⁸ V. vol. I, pp. 259-260.

Le dottrine socialiste

1. Dal giusnaturalismo al socialismo.

Abbiamo veduto, parlando degli scrittori del periodo della rivoluzione francese, come questi, pur nel loro fervore riformatore in senso egualitario, poco o nulla, tranne rare eccezioni, si preoccupassero dell'uguaglianza economica, e come quasi tutti ponessero fra i diritti innati spettanti all'uomo in forza della ragione la proprietà. Il giusnaturalismo illuministico, già fin dalle sue origini lockiane, esprimeva gli ideali e le esigenze della borghesia, protagonista della storia in quel tempo caratterizzato dal grande sviluppo delle attività commerciali e dagli inizi dell'industria moderna; e la sua battaglia era stata per l'uguaglianza giuridica contro i privilegi dell'aristocrazia non meno che contro quelli delle corporazioni di mestiere, in nome di una libertà che era anche e soprattutto libertà economica.

Non per nulla uno dei primi atti dei legislatori rivoluzionari francesi era stato la legge Le Chapelier del 1791, che aboliva ogni ostacolo alla libertà contrattuale fra datori di lavoro e lavoratori, lasciando questi ultimi in balia delle vicende del mercato del lavoro, da null'altro regolato se non dalla legge della domanda e dell'offerta. Il giusnaturalismo illuministico era stato per sua essenza liberale; ed abbiamo visto come tendenze in senso lato socialistiche si manifestino infatti presso qualche pensatore, come nel caso del Fichte, nel momento in cui, sotto l'influsso del romanticismo, il giusnaturalismo viene da lui ripudiato.

Proprio lo sviluppo dell'industria portò però, nel corso del secolo XIX, alla ribalta della storia la classe ope-

raia; ed ancor prima che questa acquistasse coscienza di sé — anzi contribuendo potentemente a fargliela acquistare — scrittori di diversa ispirazione e di diversa formazione presero a rivendicarne i diritti, dando luogo a una vasta fioritura di letteratura politica socialistica.

Una prima fase di tale movimento di pensiero, che sul piano politico-sociale non ebbe molta efficacia, fu quella del socialismo che il Marx e l'Engels, con definizione rimasta tradizionale, dissero « utopistico », in contrapposto alla loro dottrina « scientifica » di esso. Per il nostro argomento tale tipo di socialismo non presenta interesse, non essendosi tali scrittori posto il problema specifico del diritto, né avendo impostato quello della giustizia in termini giuridici, pur nell'ispirazione generalmente razionalistica, e quindi giusnaturalistica, della maggior parte delle loro teorie.

Fra le dottrine dei socialisti non marxisti di questo periodo, la sola che convien ricordare è quella del francese Pietro Giuseppe Proudhon (1809-1865). Questi concepisce la giustizia come « il rispetto spontaneamente provato, e reciprocamente garantito, della dignità umana »¹, e quindi come riconoscimento del valore, prima ancora che degli interessi, dell'individuo. Da questa definizione, manifestamente giusnaturalistica, della giustizia, il Proudhon deduce quella, altrettanto giusnaturalistica, del diritto (soggettivo), che è « la facoltà di esigere dagli altri il rispetto della dignità umana nella propria persona », e quella del dovere, che è « l'obbligo per ognuno di rispettare questa dignità negli altri »². Il Proudhon infatti accetta il diritto e ne riconosce, differentemente dalla maggior parte degli utopisti, la funzione; sostanzialmente moderato pur nella veemenza della sua polemica antiborghese, egli si rende conto dell'impossibilità di una società in cui siano eliminati totalmente gli antagonismi, e della necessità perciò del permanere del

¹ Proudhon, *De la justice dans la Révolution et dans l'Église* (1858): nell'ediz. Bouglé-Moysset, Parigi, 1930, I, p. 423.

² Ivi.

diritto come regolatore dei rapporti umani, anche se questi dovranno essere nuovi ³.

Benché criticamente più approfondito di quello degli utopisti, non era neppure il socialismo del Proudhon quello che poteva affermarsi come dottrina concretamente rivoluzionaria. Da un lato, legato come esso era all'idea giusnaturalistica del valore assoluto dell'individuo, finiva con l'assumere aspetti anarchici; mentre dall'altro, con la sua aspirazione ad una collaborazione tra classe media e proletariato, anzi all'« universalizzazione della classe media » ⁴, era privo di carica rivoluzionaria e appariva una dottrina « piccolo-borghese »: come fu giudicata dal Marx, che contro il Proudhon, autore del *Sistema delle contraddizioni economiche ovvero Filosofia della miseria*, scrisse *Miseria della filosofia*. Il socialismo realmente rivoluzionario doveva svilupparsi, anziché dalla matrice illuministica e giusnaturalistica, da quella hegeliana.

2. La sinistra hegeliana. Dal Feuerbach al Marx.

La scuola dello Hegel, dopo la morte del maestro, si divise ben presto in due opposte correnti, a cui fu dato il nome di « destra » e di « sinistra » hegeliane. La destra tese a conciliare l'hegelismo, ritrovandovi motivi platonici, col cristianesimo; e, caratterizzata da forte spirito conservatore, rimase circoscritta negli ambienti accademici, senza sviluppi degni di nota. I « giovani hegeliani » della sinistra accentuarono invece l'elemento immanentistico del pensiero del maestro, fino ad identificare il *reale*, in cui secondo l'insegnamento dello Hegel si attua la razionalità, con il *materiale*, anche se variamente inteso.

La figura della sinistra hegeliana che qui più ci interessa è, a parte il Marx di cui diremo dopo, Lodovico

³ Ivi, I, p. 328.

⁴ Proudhon, *Les confessions d'un révolutionnaire* (1849): nell'ediz. Bouglé-Moysset, Parigi, 1929, p. 354.

Andrea Feuerbach (1804-1872): da non confondere col padre, il giurista Paolo Giovanni Anselmo di cui si è parlato nel cap. IV. Pur muovendo dall'hegelismo, il Feuerbach rimprovera allo Hegel di avere perso di vista, per aver voluto porsi sul piano dell'assoluto, dell'universale, della Ragione, la realtà naturale, particolare, corporea; e, soprattutto nelle sue opere intorno alla religione (tra cui celebre *L'essenza del cristianesimo*), afferma come vera realtà l'uomo nella sua interezza, che non è solo spirito e ragione, ma anche corpo e sensibilità.

Di tale atteggiamento del Feuerbach noi possiamo renderci conto anche osservando quanto egli scrive a proposito del diritto, sempre riferendosi alla dottrina hegeliana: « ogni speculazione intorno al diritto, alla volontà, alla libertà, alla personalità, che sia senza l'uomo, al di fuori o addirittura al di sopra dell'uomo, è una speculazione priva di unità, di necessità, di sostanza, di fondamento, di realtà. L'uomo è l'esistenza della libertà, è l'esistenza della personalità, è l'esistenza del diritto »⁵.

Questo, che abbiamo veduto affermato riguardo al diritto ed ai concetti che ad esso si riconnettono, è appunto il motivo fondamentale di tutto il pensiero del Feuerbach. Bisogna riportare la filosofia all'uomo nella sua umanità concreta e integrale, costituita sì dalla sua coscienza, ma quale essa si sviluppa nell'ambiente reale e sotto il peso delle necessità di ogni specie, anche materiali: concezione della filosofia che è dunque al tempo stesso materialistica ed umanistica.

Fu questo materialismo umanistico che al Feuerbach fu attinto dal Marx. Ma il Marx, sempre nell'alveo della filosofia hegeliana, lo corresse col principio della dialettica, che di tale filosofia gli appariva « il lato rivoluzionario ». Da un lato materialismo — nel senso di accentuazione dell'immanentismo e di eliminazione dei residui metafisici,

⁵ L. Feuerbach, *Tesi provvisorie per la riforma della filosofia* (*Vorläufige Thesen zur Reform der Philosophie*: 1842), in *Sämtliche Werke*, II, p. 243.

platonizzanti, della dottrina dello Hegel —; dall'altro dialettica, cioè interpretazione della realtà in quanto sviluppo attuantesi mediante « negazione della negazione » ⁶ (dialettica concepita però non più come svolgimento logico-metafisico dell'Idea, bensì come processo rivoluzionario del mondo reale, « materiale », con l'intendere i concetti « come riflessi delle cose reali, anziché intendere le cose reali come riflessi di questo o di quel grado del concetto assoluto » ⁷, così da scoprire, della dialettica hegeliana, « il nocciolo razionale all'interno del guscio mistico » ⁸). Questi sono i due motivi fondamentali che il marxismo eredita dall'hegelismo, in gran parte attraverso il Feuerbach, con l'accogliere da quest'ultimo il « materialismo » (nel significato più sopra chiarito) e col correggerne la concezione mediante il metodo dialettico.

Da questo processo di revisione dell'hegelismo nacque la dottrina che l'Engels, amico e costante collaboratore del Marx, disse appunto « materialismo dialettico »: con espressione che oggi è generalmente preferita a quella « materialismo storico », tuttavia ancora spesso usata per designare la filosofia marxiana (e che per verità si presta meno ad equivoci, giacché si riferisce più chiaramente all'interpretazione della storia, escludendo quella della natura). Certo la relazione fra il pensiero hegeliano e quello marxiano è stata ed è tuttora oggetto di controversia, soprattutto perché nelle opere giovanili del Marx la dialettica non appare apprezzata affatto, e ad essa viene dato risalto, molto più che dal Marx, dall'Engels. Prevale tuttavia l'opinione che in tutta la formazione del pensiero marxiano, anche se da principio meno vigorosamente e meno consa-

⁶ Marx, *Il capitale*, I, 24, § 5: in Marx-Engels, *Werke* (MEW, da cui da ora innanzi citeremo) editi dall'Institut für Marxismus-Leninismus beim Z. K. der S.E.D., XXIII, p. 791.

⁷ Engels, *L. Feuerbach e il punto d'approdo della filosofia classica tedesca*, IV (MEW, XXI, p. 293).

⁸ Marx, *Poscritto alla seconda edizione del Capitale*: MEW, XXIII, p. 27.

pevolmente, abbia agito la convinzione della bontà del metodo dialettico, certo non nell'uso speculativo che ne aveva compiuto lo Hegel, ma nel suo uso scientifico applicato allo studio dei fenomeni economico-sociali: veduti, secondo l'indirizzo della sinistra hegeliana, come il vero *reale*, il cui processo storico possa essere l'oggetto di una filosofia non « mistificante », cioè che non travesta questo reale, la cui conoscenza deve essere razionale, in un ideale che finisce con l'essere « mistico ».

3. Marx. Vita e opere.

Accogliendo così gran parte dell'insegnamento hegeliano nell'interpretazione datane dalla sinistra, il Marx dà vita ad una nuova concezione della società e della storia il cui valore, sia filosofico sia di canone di metodo storiografico, posson essere e sono infatti largamente discussi, ma il cui influsso storico è stato grandissimo; anche se occorre tenere distinto quello d'ordine filosofico da quello invece d'ordine politico-sociale, così come, del resto, occorre tenere distinti gli scritti propriamente filosofici e scientifici del Marx da quelli che costituiscono essenzialmente un programma di azione politica.

Nato nel 1818 a Treviri nella Prussia Renana, Carlo Marx iniziò la sua attività di scrittore come collaboratore della *Rheinische Zeitung* di Colonia nel 1842, con articoli che sono assai interessanti per lo studio della formazione del suo pensiero, come pure, ed ancor più, altri scritti dello stesso periodo rimasti a lungo inediti: una critica a quella parte della *Filosofia del diritto* dello Hegel che ha per titolo *Il diritto statuale interno* (nell'edizione tedesca è stata intitolata *Kritik des Hegelschen Staatsrechts*, nella versione italiana *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*) e i cosiddetti *Manoscritti economico-filosofici del 1844*.

Ebbe inizio in quel periodo l'amicizia e la collaborazione del Marx con Federico Engels (1820-1895), il cui

primo frutto fu *La sacra famiglia* (*Die heilige Familie*, 1845), libro polemico contro un altro esponente della sinistra hegeliana, Bruno Bauer. Nello stesso anno 1845 il Marx scrisse le brevi ma importantissime *Tesi su Feuerbach* (o *Glosse a Feuerbach: Thesen über Feuerbach*), pubblicate però soltanto nel 1866; e l'anno successivo, di nuovo in collaborazione con l'Engels, *L'ideologia tedesca* (*Die deutsche Ideologie*), diretta contro il Bauer, il Feuerbach e lo Stirner. Del 1847 è *Miseria della filosofia* (*Misère de la philosophie*, scritta in francese), critica, come si è detto, del socialismo del Proudhon; e del 1848 il celeberrimo *Manifesto del partito comunista* (*Manifest der Kommunistischen Partei*), redatto anche questo insieme con l'Engels.

Rientrato in Germania dopo quattro anni trascorsi a Parigi e a Bruxelles, il Marx assunse nel 1848 la direzione della *Neue Rheinische Zeitung* a Colonia, incitando alla resistenza contro la reazione susseguente ai moti rivoluzionari di quell'anno: tanto che nel febbraio 1849 fu processato, insieme con l'Engels ed altri, per istigazione all'insurrezione. Assolto, il Marx andò esule a Londra. In anni di dura miseria, scrisse *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850* (*Die Klassenkämpfe in Frankreich 1848 bis 1850*) e *Il diciotto brumaio di Luigi Bonaparte* (*Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte*) nel 1850; poi, dedicatosi sempre più agli studi economici, *Per la critica dell'economia politica* (*Zur Kritik der politischen Oekonomie*) nel 1859.

Nel 1864 e negli anni successivi il Marx fu tra i principali promotori dell'Associazione internazionale dei lavoratori (la « Prima Internazionale »), per la quale lavorò assiduamente tra contrasti continui con socialisti di altre tendenze, soprattutto con il Bakunin. Nel 1867 apparve il primo libro del *Capitale* (*Das Kapital*), l'opera più vasta e sistematica del Marx, i cui due libri successivi però non furono pubblicati che postumi, per opera dell'Engels che ne coordinò e completò i manoscritti. La salute del Marx

aveva cominciato infatti a declinare, benché egli continuasse ad occuparsi attivamente del movimento operaio e desse alla luce altri scritti, tra cui sono da ricordare *La guerra civile in Francia* (*Der Bürgerkrieg in Frankreich*: 1871) e la *Critica al programma di Gotha* (*Kritik des Gothaer Programms*: 1875). Morì, a Londra, nel 1883.

All'indicazione delle più importanti opere del Marx si deve far seguire quella degli scritti principali dell'Engels: *Il rovesciamento della scienza del signor Eugenio Dühring* (*Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft*: 1878), citato comunemente come *Anti-Dühring*, in cui è chiarito il pensiero del Marx, anche se con un'interpretazione di esso non da tutti accettata; *L'evoluzione del socialismo dall'utopia alla scienza* (*Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft*, apparso però dapprima nella versione francese, *Socialisme utopique et socialisme scientifique*: 1880); *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato* (*Der Ursprung der Familie, der Privateigentums und des Staates*: 1884); e il già ricordato *Ludovico Feuerbach e il punto d'approdo della filosofia classica tedesca* (*Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie*: 1886), importante per ciò che vi è detto circa la formazione del pensiero marxiano.

In nessuna di queste opere né il Marx né l'Engels dedicarono una specifica trattazione al problema del diritto. Dovremo perciò necessariamente riferirci al complesso della loro dottrina, riferendoci di volta in volta a scritti diversi; di questi d'altra parte non si richiamerà se non ciò che ha diretta attinenza col nostro argomento.

4. Il materialismo storico.

Abbiamo veduto che una delle prime opere del Marx fu la *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*: indice eloquente dell'interesse che egli nutriva per il pensiero dello Hegel, e, d'altra parte, dell'insoddisfazione che

esso destava in lui⁹. La *Filosofia del diritto* hegeliana, lo notammo a suo tempo, poneva capo a un'apoteosi dello Stato, al quale venivano subordinati e sacrificati, non solo gli individui, ma anche quella che lo Hegel chiamava « società civile », la concreta società umana con i suoi problemi e con i suoi interessi. A tale aspetto della filosofia hegeliana il Marx rivolge la medesima critica che il Feuerbach aveva rivolto ad essa in generale: rileva cioè come lo Hegel, invece di prendere le mosse dalla considerazione dell'essere determinato e concreto, sia partito dal concetto dell'essere universale ed astratto, giungendo così a vedere nell'essere concreto un mero attributo dell'essere, secondario anche se necessario.

Un'inversione appunto analoga a questa aveva condotto lo Hegel a sopraordinare lo Stato alla società civile, facendone il determinatore dell'organizzazione economico-sociale di quest'ultima. Il Marx invece, come scriverà l'Engels, pervenne alla persuasione « che non lo Stato, dallo Hegel posto come "coronamento dell'edificio", bensì piuttosto la "società civile", da lui trattata tanto da matrigna (*stiefmütterlich*), sia la sfera in cui deve cercarsi la chiave per l'intendimento del processo storico di sviluppo dell'umanità »¹⁰.

Il Marx così riprende e precisa la rivendicazione feuerbachiana della realtà totale dell'uomo; ma va assai più oltre. Non è sufficiente riconoscere, come aveva fatto il Feuerbach, che l'uomo deve essere l'oggetto primo della filosofia; bisogna che la filosofia si metta al servizio dell'uomo. « I filosofi », scrive il Marx appunto in una delle

⁹ Che « il primo lavoro intrapreso per risolvere i dubbi che lo assediavano » sia stato « una revisione critica della filosofia del diritto dello Hegel » è dichiarato dal Marx stesso nella prefazione a *Per la critica dell'economia politica*: dove è del pari affermato che fu dallo studio della « società civile » hegeliana che egli fu portato a ricercare nei rapporti materiali dell'esistenza le radici dei rapporti giuridici e delle forme dello Stato (*MEW*, XIII, p. 8).

¹⁰ Engels, nel « *Demokratisches Wochenblatt* » del 21 agosto 1869, riportato in *MEW*, I, p. 604, nota 92.

Tesi su Feuerbach, « hanno soltanto interpretato variamente il mondo; si tratta ora di trasformarlo »¹¹.

Questa trasformazione della realtà è possibile soltanto in quanto ci si sia resi conto dello svolgimento di essa, che è svolgimento dialettico (attuantesi cioè mediante la negazione del momento precedente) del sistema dei rapporti di produzione, che costituiscono la *struttura* (*Struktur*) della società, mentre ogni istituzione politica, religiosa, morale, giuridica, non è che *sovrastuttura* (*Ueberbau*), prodotto secondario della fondamentale struttura economica della società; così come sono sovrastutture le ideologie, frutto di « falsa coscienza », cioè di rappresentazione e di espressione errata, per inconscio influsso degli interessi di classe, della realtà economico-sociale.

« Nella produzione sociale della loro esistenza », scrive il Marx, « gli uomini entrano in rapporti determinati, necessari, indipendenti dalla loro volontà, rapporti di produzione che corrispondono a un determinato grado di sviluppo delle loro forze produttive materiali. L'insieme di questi rapporti di produzione costituisce la struttura economica della società, ossia la base reale su cui si eleva una sovrastuttura giuridica e politica e alla quale corrispondono determinate forme della coscienza sociale. Il modo di produzione della vita materiale condiziona il processo sociale, politico e spirituale della vita in generale. Non è la coscienza (*Bewusstsein*) degli uomini che determina il loro essere, ma è, al contrario, il loro essere sociale (*gesellschaftliches Sein*) che determina la loro coscienza »¹².

È questo il « materialismo storico »: che non è evidentemente materialismo metafisico, riduzione di tutta la realtà a materia (« materialismo » è, nel linguaggio marxiano, espressione polemica, in verità non felice, nei riguardi dell'« idealismo » hegeliano, e si riferisce non alla materia fisica, ma a ciò che lo Hegel considerava « materia » del-

¹¹ Marx, *Tesi su Feuerbach*, 11 (MEW, III, p. 7).

¹² Marx, *Per la critica dell'economia politica*, Prefazione (MEW, XIII, pp. 8-9).

l'azione della Ragione, e che era poi la storia concreta, reale, dell'uomo); e che neppure comporta un totale determinismo nel senso che il pensiero umano sia assolutamente determinato dalle situazioni economiche. Nel confermare che la prassi, l'attività dell'uomo, è rivoluzionaria in quanto attività « critico-pratica » — che cioè, nel rendersi conto della vera realtà storica, mira ad influire su essa per trasformarla — il Marx scrive che « la dottrina materialistica » secondo la quale gli uomini sono il prodotto dell'ambiente e dell'educazione, e variano col variare dell'ambiente e dell'educazione, « dimentica che l'ambiente viene mutato dagli uomini, e che l'educatore stesso deve essere educato » ¹³.

Questo permette di comprendere meglio quanto il Marx afferma nel seguito del brano precedentemente citato: « a un dato grado del loro sviluppo, le forze produttive materiali della società entrano in contrasto con i rapporti di produzione esistenti, cioè con i rapporti di proprietà (il che è di ciò soltanto un'espressione giuridica) entro i quali tali forze per l'innanzi si erano mosse. Questi rapporti, da forme di sviluppo delle forze produttive, si convertono in loro catene. E allora subentra un'epoca di rivoluzione sociale » ¹⁴.

La rivoluzione, strumento del « rovesciamento della prassi », benché resa necessaria dal contrasto tra le forme giuridiche in cui la società è organizzata e l'evoluzione delle forze produttive reali, non è dunque un fatto che sia determinato naturalisticamente, bensì è, anzi, il momento in cui l'uomo reagisce sulla realtà e la riumanizza; ed opera della volontà umana è la trasformazione della società e delle sue sovrastrutture giuridiche e politiche che essa produce. Questa almeno è l'interpretazione prevalente della dottrina marxiana, che non sempre è univoca e dà luogo a controversie. Fondata soprattutto sulle *Tesi su Feuerbach*,

¹³ Marx, *Tesi su Feuerbach*, 3 (MEW, III, p. 5).

¹⁴ Marx, *Per la critica dell'economia politica*, Prefazione (MEW, XIII, p. 9).

tale interpretazione è particolarmente sviluppata dal marxismo teorico italiano, che nel materialismo storico ha riconosciuto uno storicismo umanistico richiamante il principio vichiano secondo il quale la realtà vera è la storia in quanto opera concreta dell'uomo.

5. Il diritto come sovrastruttura.

Il diritto è dunque per il Marx una delle sovrastrutture di quei « rapporti materiali dell'esistenza il cui complesso viene abbracciato dallo Hegel sotto il termine di società civile »¹⁵, e ogni sovrastruttura non può essere compresa « né per se stessa, né per il cosiddetto sviluppo universale dello spirito umano » (è evidente la critica allo Hegel, come lo è d'altra parte la riconnessione alla sua dottrina), bensì soltanto per mezzo dello studio scientifico appunto dei « rapporti materiali dell'esistenza »: vale a dire per mezzo dell'economia politica, « anatomia della società civile »¹⁶.

Lo studio, filosofico o scientifico che sia, del diritto, si riduce perciò a quello dell'economia politica. In quanto sovrastruttura, il diritto segue infatti l'evoluzione della struttura economica della società; ogni forma di produzione genera i suoi propri rapporti giuridici, i quali non sono che il riflesso dei rapporti economici che ne costituiscono il contenuto¹⁷: la legislazione inglese sulle fabbriche, ad esempio, è « il prodotto necessario della grande industria, quanto il filato di cotone, le macchine automatiche e il telegrafo elettrico »¹⁸.

Poiché il sistema delle forze produttive è costituito secondo il Marx dai rapporti fra le classi, esso si evolve per effetto della lotta di classe, che è la molla propulsiva della

¹⁵ Ivi (p. 8).

¹⁶ Marx-Engels, *L'ideologia tedesca*, I, A, 1 (MEW, III, pp. 31-32).

¹⁷ Marx, *Il capitale*, I, 2 (MEW, XXIII, p. 99).

¹⁸ Ivi, I, 13, § 9 (MEW, XXIII, pp. 504-505).

storia; e il diritto, che, come ogni sovrastruttura, rispecchia tale sistema, si trasforma col mutare di questo. Quando la struttura della società cambia, il diritto deve cambiare con essa: il codice napoleonico (in questo caso, quello penale), espressione giuridica della « società borghese nata nel secolo XVIII e sviluppatasi nel XIX », non corrispondendo più ai rapporti sociali esistenti, dichiara il Marx ai giurati della corte d'assise di Colonia durante il processo del 1849 di cui si è fatto cenno, « è soltanto una decina di risme di carta » (*ein Ballen Papier*)¹⁹; « il vostro diritto », rinfacciano il Marx e l'Engels alla borghesia nel *Manifesto del partito comunista*, « è soltanto la volontà della vostra classe elevata a legge: una volontà il cui contenuto è già dato nelle condizioni materiali d'esistenza della vostra classe »²⁰.

Poiché « tutte le istituzioni comuni passano attraverso l'intermediario dello Stato », così accade, secondo il Marx e l'Engels, anche per il diritto, che in tal modo « viene ridotto alla legge »²¹. Quest'ultima è per il Marx la forma tipica del diritto della società borghese, la quale trova infatti nel codice Napoleone la sua « espressione legale (*gesetzlicher Ausdruck*) »²²; per l'Engels invece il diritto assume la forma della legge indipendentemente dalla classe che detenga il potere: « come nell'uomo singolo tutti gli impulsi delle azioni devono passare attraverso il suo cervello e trasformarsi in moventi della sua volontà per determinarlo all'azione, così tutte le necessità della società civile — qualunque classe sia dominante — devono passare

¹⁹ Carlo Marx davanti ai giurati di Colonia (MEW, VI, p. 245). Nei MEW il titolo è *Der Prozess gegen den Rheinischen Kreissausschuss der Demokraten*: quello *Karl Marx von der Kölner Geschwornen*, col quale l'autodifesa del Marx alle assise di Colonia è abitualmente citata, fu premesso all'altro nel volume in cui tale autodifesa fu ripubblicata nel 1885.

²⁰ Marx-Engels, *Manifesto del partito comunista*, II (MEW, IV, p. 477).

²¹ Marx-Engels, *L'ideologia tedesca*, I, B, 2 (MEW, III, p. 62).

²² Carlo Marx davanti ai giurati di Colonia (MEW, VI, p. 245).

attraverso la volontà dello Stato per ricevere validità generale in forma di leggi »²³.

D'altronde, nell'*Ideologia tedesca*, scritta dal Marx e dall'Engels congiuntamente, non soltanto il diritto in forma di legge è dichiarato incompatibile con il comunismo, ma il diritto in generale: tra esso e il comunismo vi è contrasto (*Gegensatz*), anche quando si presenti « nella sua forma più generale come diritto dell'uomo »²⁴. Vedremo più oltre come questo principio creerà notevoli difficoltà ai giuristi sovietici.

6. *L'ideale della società giusta.*

Secondo il *Manifesto del partito comunista*, quando il proletariato « si fa per mezzo di una rivoluzione classe dominante, e come classe dominante distrugge violentemente i vecchi rapporti di produzione, distruggendo così con tali rapporti di produzione le condizioni di esistenza dell'antagonismo di classe, anzi delle classi in generale, e con esse il proprio stesso dominio come classe », « al posto della vecchia società borghese con le sue classi e i suoi antagonismi di classe subentrerà un'associazione nella quale il libero sviluppo di ciascuno sarà la condizione per il libero sviluppo di tutti »²⁵.

Viene prospettato così l'ideale di una società *giusta*, il cui avvento è previsto e spiegato con un procedimento che intende essere storico-scientifico, in quanto configurato come logica della storia; ma che appunto per questo viene ad esporsi alle critiche di cui è oggetto ogni filosofia della storia, cioè ogni teoria che pretenda di enunciare la legge universale e necessaria del divenire dell'umanità. Pur nato

²³ Engels, *L. Feuerbach e il punto d'approdo della filosofia classica tedesca*, IV (MEW, XXI, p. 300).

²⁴ Marx-Engels, *L'ideologia tedesca*, III, 6, B, 2° corollario (MEW, III, p. 190).

²⁵ Marx-Engels, *Manifesto del partito comunista*, II (MEW, IV, p. 482); cfr. Marx, *Miseria della filosofia*, II, 5 (MEW, IV, p. 182).

come critica della filosofia della storia hegeliana (ma in realtà soltanto per l'*idealismo* di questa), il materialismo storico eredita da essa quel limite al suo stesso storicismo che è costituito dalla prospettiva di una meta finale del divenire storico.

Sotto questo aspetto, una delle filosofie più rigorosamente antigiusnaturalistiche, quale è il marxismo, finisce con l'approdare a una sorta di giusnaturalismo quando teorizza un ideale di società al quale, non diversamente da come veniva fatto dai giusnaturalisti, le società storiche si possono e si debbono ragguagliare. Il Marx e l'Engels dichiarano che il comunismo non è per loro « uno stato di cose che debba essere instaurato, un ideale al quale la realtà dovrà conformarsi », bensì un « movimento reale che abolisce lo stato di cose presente »²⁶; ma in sostanza nelle loro opere lo sbocco di questo movimento reale, anche se rappresentato come previsione scientifica, appare pur sempre un ideale: per la cui realizzazione infatti si deve lottare.

Perché lo Stato si estingua, come prevede l'Engels²⁷, o perché scompaiano le classi ed il loro antagonismo, e con questo il potere politico che ne è « espressione ufficiale », come si attende il Marx, occorre infatti che il proletariato di tutto il mondo si unisca e che, per mezzo della rivoluzione, trasformi la società: lo abbiamo visto affermato poc'anzi dal *Manifesto del partito comunista*, in conformità, del resto, con la dottrina del « rovesciamento della prassi », dell'intervento dell'uomo che imprime la svolta decisiva alla storia quando questa ne ha maturato le condizioni.

Certo il Marx, che si sforza di non cadere nell'utopia, si rende conto della difficoltà di realizzare la società giusta: essa non si avrà subito, perché la società comunista nella sua prima fase non sarà attuata perfettamente, e « il diritto

²⁶ Marx-Engels, *L'ideologia tedesca*, I, 2 (MEW, III, p. 35).

²⁷ Engels, *Antidübring*, III, 2 (MEW, XX, p. 262).

non può mai essere più elevato della configurazione (*Gestaltung*) economica e dell'evoluzione civile, da questa condizionata, della società ». Però il Marx non dubita che « in una fase più elevata » del comunismo « la società potrà scrivere sulla propria bandiera: ciascuno secondo la propria capacità, a ciascuno secondo i propri bisogni! »²⁸.

È questo appunto il principio comunista della *giustizia*, che si distingue dai vari principi di giustizia formulati dalle diverse filosofie morali o ideologie politiche; ed è indubbiamente un ideale, che il Marx riconosce tanto valido per misurare il valore etico della società da proporlo come scopo della lotta che deve condurre alla distruzione della società *ingiusta* esistente: ingiusta, egli dice, perché non più corrispondente al grado di sviluppo delle forze di produzione agenti nel suo seno, e perciò in contraddizione con sé stessa; ma ingiusta anche perché difforme da quell'ideale di giustizia che egli pone a meta finale di tutta la storia, e che proprio perché *ideale*, e non mera previsione scientifica, ha avuto ed ha tanta forza di suggestione. Se un inavvertito giusnaturalismo si poteva riconoscere nella filosofia del diritto — che era poi filosofia della storia — hegeliana, un giusnaturalismo assai più manifesto appare presiedere alla filosofia della storia del Marx: il quale, pur intendendo « demistificare » la filosofia dello Hegel, non si libera dell'universalismo proprio di essa, misticizzando in un nuovo Assoluto quella stessa società di cui vuole trattare scientificamente.

7. Teorie giuridiche socialiste. Lassalle, Menger, Renner.

È forse proprio questo universalismo ereditato dalla filosofia hegeliana che preclude al Marx, come aveva precluso allo Hegel, un intendimento adeguato del diritto, intendimento che presuppone l'attribuzione di qualche valore, o realtà, agli individui. Al diritto infatti il marxismo

²⁸ Marx, *Critica del programma di Gotha*, I (MEW, XIX, p. 21).

non attribuisce importanza: « sovrastruttura » rispetto alle forze di produzione che costituiscono la realtà della storia, esso non ha né filosoficamente né scientificamente autonomia.

Non vi è dunque una teoria del diritto del Marx, e rare sono quelle dei suoi seguaci finché non si giunge ai giuristi sovietici del nostro secolo; anche perché il movimento socialista intellettuale, pur prendendo l'avvio dal marxismo, finì per gran parte con l'essere attratto, in filosofia, dal positivismo; e i teorici del diritto socialisti, che non mancarono, furono positivisti assai più che marxisti.

Abbastanza vicino al materialismo storico è tuttavia uno dei maggiori esponenti del socialismo dell'Ottocento, Ferdinando Lassalle (1825-1864), che fu giurista e filosofo del diritto, e la cui opera teorica maggiore, il *Sistema dei diritti acquisiti* (*System der erworbenen Rechte*: 1861) è un libro di storia e di filosofia giuridica, tanto che reca come sottotitolo *Conciliazione del diritto positivo e della filosofia del diritto*.

Come per i romantici e per lo Hegel, per il Lassalle fonte del diritto è la coscienza comune del popolo, lo « spirito generale (*allgemeiner Geist*) »²⁹; e da ciò egli deduce come conseguenza necessaria che « è giuridicamente impossibile per l'individuo distaccarsi dalla comunione con questa sostanza unica del diritto... Una tale intenzione dell'individuo... costituirebbe l'assoluta negazione del diritto (*Unrecht*), il sopprimere il concetto stesso del diritto »³⁰. I diritti acquisiti, che di regola una nuova legge, dovendo essere non retroattiva, non potrebbe modificare, hanno ragione di sussistere fino a quando essi siano conformi alla coscienza popolare; ma quando lo « spirito pubblico (*öffentlicher Geist*) », nel suo evolversi, arriva ad escludere la persistenza di un diritto anteriore, non si

²⁹ Lassalle, *System der erworbenen Rechte*, I, I, 2, § 7: nella 2ª ediz., Lipsia, 1880, I, p. 164.

³⁰ Ivi.

può parlare di *retroattività* della legge che lo abolisce³¹. Così ha agito legittimamente la Costituente francese nel 1789 quando ha abolito i diritti feudali: che ormai costituivano non *diritti*, ma una presenza della negazione del diritto (*ein Dasein des Unrechts*)³².

E, quasi incidentalmente, in una lunga nota, il Lassalle enuncia a questo proposito una teoria filosofico-storica sull'evoluzione del diritto, che è ciò che del suo pensiero qui ci interessa maggiormente. Il corso di tutta la storia del diritto, egli dice, presenta una sempre maggiore limitazione della proprietà privata. All'inizio della storia l'uomo si appropria di tutto ciò che vede; la vita del vinto in guerra diviene proprietà del vincitore; moglie e figli sono oggetto di proprietà. Più tardi, la schiavitù si attenua nella servitù della gleba; la proprietà, invece che la vita, ha per oggetto l'attività dell'uomo per tutta la sua vita; poi anche questo diritto si restringe ad una sola parte di tale attività, e così via. « Ogni grande progresso della civiltà consiste in una restrizione delle dimensioni della proprietà »³³.

Ora, considerato che la libera attività e la forza produttiva degli individui sono nell'epoca moderna proprietà privata del padrone delle materie prime e del capitale, e che il capitalista è proprietario, afferma il Lassalle, del lavoro altrui, « il mondo è attualmente davanti a questa domanda: oggi che non esiste più la proprietà dell'uso immediato di un altro uomo, deve essa esistere sul suo sfruttamento *mediato*? »³⁴.

Il Lassalle, qui, non dà una risposta esplicita; ma essa risulta ugualmente chiara dalla riaffermazione che egli compie del principio che lo sviluppo della libertà umana si realizza con la restrizione progressiva della sfera della proprietà privata. La teoria sembra analoga a quella del

³¹ Ivi, p. 167.

³² Ivi, p. 181.

³³ Ivi, p. 221, nella nota 2 che ha inizio a p. 217.

³⁴ Ivi, p. 222, nella stessa nota.

Marx, ma mentre questi vedeva nell'evoluzione dei « rapporti di produzione », cioè dei rapporti puramente economici, la sola causa dell'evoluzione del diritto, ed in particolare del diritto di proprietà che di tali rapporti non è che l'espressione giuridica, il Lassalle non dà importanza al fattore economico — dell'evoluzione storica dell'economia egli si limita a constatare che è « parallela » a quella del diritto — e vede nell'evolversi dei rapporti giuridici verso una restrizione sempre maggiore della proprietà privata l'effetto dell'evoluzione positiva della libertà umana³⁵. Si può quindi forse, adottando la terminologia marxiana, dire che anche per il Lassalle il diritto è « sovrastruttura »: ma non di rapporti economici, bensì di rapporti, genericamente, di forza³⁶.

Tra i giuristi le cui teorie sono ispirate ai principi del socialismo si può ricordare l'austriaco Antonio Menger (1841-1906), assertore dei compiti sociali della scienza giuridica³⁷. Per lui la legislazione non è che « una palla con cui giocano i fattori sociali di potenza »³⁸; ed egli auspica che al posto del diritto « cresciuto naturalmente (*naturwüchsig*) » subentri quello « frutto della riflessione (*reflektiert*) », e che, in questa trasformazione, da « stella polare della riflessione » serva « il bene delle larghe masse popolari »³⁹.

Dichiaratamente non marxista, il Menger nega che si

³⁵ Ivi, pp. 222-223, nella stessa nota.

³⁶ Così il Lassalle vede il diritto pubblico nei due discorsi *Sull'essenza della costituzione* (*Ueber Verfassungswesen*; 1862).

³⁷ Titolo di un suo discorso, edito a Vienna nel 1895, è infatti *Ueber die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft* (*Sui compiti sociali della scienza giuridica*). Altre opere del Menger sono *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag* (*Il diritto al prodotto integrale del lavoro*; 1886); *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (*Il diritto civile e il proletariato*; 1890), che è una critica al progetto del codice civile tedesco; *Neue Staatslehre* (1902: propriamente *Nuova dottrina dello Stato*, ma nota in Italia, attraverso un'infelice traduzione, come *Lo Stato socialista*).

³⁸ Menger, *Neue Staatslehre*, I, 5 (nella 2ª ediz., Jena, 1904, p. 32).

³⁹ Ivi, p. 33.

possa ridurre la « multiforme vita spirituale e le sue trasformazioni ad un'unica causa, per esempio ai rapporti economici e tecnologici »⁴⁰, e che il diritto sia sovrastruttura dell'economia; ne attribuisce l'origine, invece, alla forza, soprattutto militare: « con un esercito fidato ed una buona polizia si possono fondare ordinamenti giuridici e conservarli per secoli, anche se sono nel più netto contrasto con i rapporti economici »⁴¹. Così pure, il Menger esclude la rivoluzione come mezzo per instaurare lo Stato socialista (o, com'egli preferisce chiamarlo, lo « Stato popolare del lavoro », *volkstümlicher Arbeitstaat*), che vede invece come effetto di una rigenerazione morale dell'uomo dovuta ad una lunga educazione del popolo⁴².

Fu allievo del Menger l'austriaco Carlo Renner (1870-1950), giurista e uomo politico, autore nel 1904 (con lo pseudonimo di Josef Karner) di *La funzione sociale degli istituti giuridici, in particolare della proprietà* (*Die soziale Funktion der Rechtsinstitute, besonders des Eigentums*), vasto studio di ispirazione fondamentalmente, ma non ortodossamente, marxistica. A conclusione della sua indagine sociologico-giuridica il Renner enuncia quattro tesi: sono possibili trasformazioni fondamentali della società senza corrispondenti trasformazioni del sistema del diritto; non è il diritto a causare lo sviluppo economico; il cambiamento dell'economia modifica il diritto non immediatamente e automaticamente; il substrato della società non conosce strappi e salti, ma soltanto evoluzione, non rivoluzione⁴³.

Il Renner si allontana così dalla tesi fondamentale del Marx secondo la quale è lo sviluppo dell'economia a determinare necessariamente quello del diritto, ma rifiuta d'altra parte la tesi opposta — che, come vedremo, era

⁴⁰ Ivi, IV, 1 (p. 224).

⁴¹ Ivi, p. 227.

⁴² Ivi, IV, 3 (p. 239).

⁴³ Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Stoccarda, 1965³, pp. 172-173.

sostenuta dallo Stammler ⁴⁴ — e quella dei riformisti, che si attendevano da riforme legislative la modificazione dei rapporti economico-sociali: alla loro « fede nei decreti » il Renner dice essere stata data opportunamente la definizione di *Dekretinismus* ⁴⁵.

⁴⁴ V. sotto, p. 269.

⁴⁵ Renner, *op. cit.*, p. 179.

Gli irrazionalisti

1. Irrazionalismo e diritto.

Al razionalismo integrale della filosofia hegeliana reagirono alcuni pensatori, che avvertivano gli aspetti irrazionali della realtà e l'impossibilità di ignorarli in nome di una dialettica per la quale ogni momento del reale ha una logica necessità intrinseca. Essi ci interessano qui non tanto per ciò che hanno scritto circa il diritto, al quale non hanno generalmente dedicato molta attenzione, quanto per l'atteggiamento che assumono di fronte ad esso: atteggiamento che, certo, si configura variamente presso ciascuno di loro, ma che in tutti appare più o meno marcatamente negativo, sia che si esprima semplicemente come svalutazione, sia che giunga al rifiuto o addirittura al disprezzo.

È questo un fenomeno fra i più notevoli: perché rivela, o conferma, come il diritto sia per sua essenza razionalizzazione della vita sociale, e come tale razionalizzazione sia richiesta dalla vita sociale stessa, che non può non sottoporsi a una regola razionale se non negandosi. Ed in effetti, come ora vedremo, l'irrazionalismo finisce col negare appunto la società: o evadendo da essa in uno slancio mistico verso l'unione con l'Assoluto, o affermando come solo valore l'individuo nella sua unicità.

2. Schopenhauer.

Questo atteggiamento nei riguardi del diritto e della società appare ancora non troppo accentuato presso il pri-

mo, cronologicamente, dei pensatori irrazionalisti dell'Ottocento, Arturo Schopenhauer (1788-1860), che è ancora profondamente legato al kantismo.

Per lo Schopenhauer l'essenza del mondo non è la ragione, ma la volontà; e questo primato della volontà non è quello a cui si riferivano i tanti volontaristi che abbiamo incontrato finora, avversari dei razionalisti nel campo dell'etica nell'affermare che la legge è prodotto della volontà e non della ragione. Quando lo Schopenhauer pone la volontà come realtà prima, lo fa sul terreno metafisico: la volontà è la cosa in sé, l'Assoluto, di cui noi non cogliamo che l'apparenza, la « rappresentazione »: donde il titolo della sua opera maggiore, *Il mondo come volontà e rappresentazione* (*Die Welt als Wille und Vorstellung*: 1819). Appunto come cosa in sé, la volontà è al di là delle nostre categorie logiche, è assolutamente libera, irrazionale; ed i fenomeni della natura in cui essa si manifesta sono l'espressione di questo « incosciente, cieco, irresistibile impeto »¹.

All'ottimismo dello Hegel — che lo Schopenhauer chiama « ciarlatano » — si sostituisce così, nella negazione di ogni razionalità del mondo, un pessimismo totale. Manifestazione anch'essa della cieca volontà che è l'essere, la vita umana è volontà che vuole solamente volere, e vuole incessantemente, senza esser mai soddisfatta: donde fatica e dolore, a cui si può sfuggire solo sopprimendo la volontà, distruggendo in sé ogni impulso, per giungere a perdersi nel nulla.

È forse questo essenziale pessimismo del pensiero dello Schopenhauer a riflettersi anche nelle brevi pagine da lui dedicate al diritto ed alla giustizia, che egli è portato a vedere sotto la specie della negazione. Dopo avere trattato del torto (*Unrecht*), che è la « irruzione entro i confini dell'altrui affermazione di volontà »², lo Schopenhauer

¹ Schopenhauer, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, § 54 (in *Sämtliche Werke*, ediz. Deussen, I, 1, p. 323).

² Ivi, § 62 (I, 1, p. 394).

infatti scrive: « è il concetto di torto quello originale e positivo; quello antitetico del diritto è derivato e negativo... Il concetto del diritto contiene soltanto la negazione del torto »³.

Tesi paradossale, che non avverte come torto e diritto, *iniuria* e *ius*, siano concetti correlativi, ognuno dei quali rimanda all'altro, e fra cui non si può stabilire una priorità logica. Ma lo Schopenhauer, che si riferisce non tanto al problema del diritto e del torto in senso stretto, propriamente giuridico, quanto al valore delle azioni umane, è condotto dalla sua stessa visione fondamentale della vita ad insistere sui lati negativi di questa.

I concetti di diritto e di torto valgono infatti per lo Schopenhauer indipendentemente da ogni ordinamento positivo, come concetti morali: anche, egli dice riprendendo il linguaggio giusnaturalistico, nello stato di natura⁴, cioè quando il non agire ingiustamente dipende soltanto da ciascun uomo. La « dottrina pura del diritto » è perciò « un capitolo della morale »: quello che « avrebbe come contenuto la precisa determinazione del limite fino al quale un individuo può arrivare nell'affermazione della volontà già oggettivata nel suo corpo » (cioè costituente la sua essenza, anche fisica) « senza che ciò diventi la negazione di quella uguale volontà che appaia in un altro individuo »⁵.

Il diritto positivo nasce, contrattualisticamente, dal calcolo razionale per il quale si conclude che il mezzo migliore per diminuire il male « esteso su tutti » è « distribuirlo per quanto possibile uniformemente », è cioè rinunciare tutti al piacere di commettere torto perché così a tutti viene risparmiato il dolore di subirlo⁶. Anche il diritto positivo ha perciò alla sua radice un elemento puramente

³ Ivi (I, 1, p. 400); cfr. *Parerga und paralipomena*, II, § 121 (*Sämtliche Werke*, V, 2, pp. 263-264). Di quest'ultima opera il cap. IX del vol. II è dedicato alla dottrina del diritto e della politica.

⁴ Ivi, § 62 (I, 1, p. 403).

⁵ Ivi (I, 1, p. 404).

⁶ Ivi (I, 1, p. 405).

negativo; e del pari lo Stato ha la sua ragion d'essere unicamente nel compito di impedire che vengano patiti torti⁷. « La dottrina dello Stato, o la legislazione, prenderà a prestito dalla morale quel capitolo che è la dottrina del diritto...; ma esclusivamente per adoprarne il rovescio, e considerare tutti quei limiti che la morale pone come invalicabili se non si vuole compiere torto dall'altro verso, come limiti di cui non si può ammettere l'oltrepassamento da parte degli altri »⁸; sicché « il giurista è un moralista a rovescio »⁹.

In realtà lo Schopenhauer esprime in termini paradossali la concezione secondo cui la morale ha riguardo ai motivi interni dell'azione, e il diritto ha riguardo all'azione nella sua manifestazione esteriore: concezione che era stata espressa nella sua formulazione più precisa dal Kant. Il corollario che lo Schopenhauer ne trae non si discosta dal giusnaturalismo tradizionale: il diritto naturale (o « dottrina pura del diritto »), che è dunque la morale nel suo aspetto negativo, in quanto divieto di agire ingiustamente, deve stare a fondamento di ogni legislazione positiva, « come la matematica pura sta a fondamento di ogni ramo di quella applicata »¹⁰; e fra gli aspetti più importanti del diritto naturale sono la deduzione del diritto di proprietà, quella del valore dei contratti — presupposto della validità anche del contratto sociale — e quella del diritto penale¹¹.

Di diritto naturale è infatti la proprietà, che non abbisogna perciò di una istituzione positiva da parte dello Stato; fuori dello Stato invece non esiste il diritto di punire, che ha fondamento unicamente nel contratto sociale: affermazioni entrambe rivolte contro tesi kantiane. Della pena lo Schopenhauer ha una concezione puramente uti-

⁷ Ivi.

⁸ Ivi (I, 1, p. 407).

⁹ Ivi.

¹⁰ Ivi (I, 1, p. 409).

¹¹ Ivi (I, 1, pp. 409-410).

litaristica, contro la « vuota filastrocca » di chi ne parla come del mezzo grazie al quale si neutralizza e cancella il delitto; egli fa suo il detto di Seneca nel quale sono prospettate, con formule divenute tradizionali, le due teorie della pena, quella assoluta e quella relativa, e viene rifiutata la prima: « *Nemo prudens punit, quia peccatum est; sed ne peccetur* »¹².

3. Kierkegaard.

Nonostante le sue critiche al Kant, come queste in tema di diritto e di morale, lo Schopenhauer resta su posizioni kantiane con la sua distinzione fra cosa in sé e « rappresentazione », cioè fenomeno; e, pur nel suo antirazionalismo, egli rimane nel campo della speculazione idealistica, anche se ne rovescia le posizioni. Ciò che lo interessa, la realtà che è al centro della sua indagine, è pur sempre l'universale; il singolo, l'individualità, il finito, sono per lui, non meno che per lo Hegel, non-realtà.

Totalmente diversa è la prospettiva filosofica di chi all'ottimismo della filosofia hegeliana reagisce perché sente come immediato ed angoscioso problema quello del peccato, dell'imperfezione, della precarietà della condizione dell'uomo, ma dell'uomo singolo, dell'uomo nella sua situazione nel mondo, non Soggetto assoluto e *reale* ma individuo *esistente* e perciò finito.

Di tale atteggiamento di pensiero, che col nome di « esistenzialismo » avrà grande diffusione nel nostro secolo, è anticipatore nell'Ottocento il danese Søren Kierkegaard (1813-1855): egli rifiuta il presupposto stesso della dialettica hegeliana, cioè la razionalità della realtà, e proprio nella sistematicità della filosofia, quella sistematicità che lo Hegel aveva perseguito fino all'esasperazione, vede il disconoscimento delle esigenze etiche dell'uomo. Il Kier-

¹² Ivi (I, 1, pp. 410-413). Le parole di Seneca riportate dallo Schopenhauer sono in *De ira*, I, 16.

kegaard è perciò radicalmente antisistemático: la filosofia sistematica è fuori della vita; la logica non coglie la realtà, e l'etica che essa ci dà è un'etica falsa, che nello spiegare razionalmente il mondo e la società, e nell'attribuire quindi ad essi valore, ignora e misconosce la realtà vera, che è il singolo, del quale non può costruirsi sistema.

Difficilmente in una siffatta prospettiva di totale soggettività individuale avrebbe potuto trovare posto una considerazione filosofica del diritto. Delle tre forme di vita che secondo il Kierkegaard si offrono all'uomo, quella estetica, quella etica, quella religiosa, non soltanto la prima, che è la vita di chi cerca unicamente il piacere, ma anche la seconda, rappresentata simbolicamente dallo stato coniugale e caratterizzata dal lavoro — la vita sociale, quindi — sono insufficienti e contraddittorie; come risultato della vita estetica è la noia, così risultato della vita etica è il pentimento. Entrambe, come del resto sempre la condizione umana nel mondo, sono dominate dall'*angoscia*.

Tuttavia vi è una fra le opere del Kierkegaard, *Aut-aut*, del 1843, che può apparire concedere qualcosa ad una valutazione positiva dell'etica (ma che su questo punto è contraddetta da tutti gli scritti successivi, a cominciare da *Timore e tremore*, che la segue a brevissima distanza di tempo); ed in *Aut-aut* vi è un accenno, pur se incidentale, al diritto, compiuto a proposito dell'amicizia. Ricordando la concezione di questa presso Aristotele, in cui il Kierkegaard scorge il punto di partenza di tutta l'etica aristotelica e ciò sulla cui idea è fondato il concetto del diritto, egli osserva che la categoria di quest'ultimo è più perfetta di quella moderna, perché questa fonda il diritto sul dovere, sull'imperativo categorico astratto, mentre Aristotele lo fondava sulla socialità¹³.

¹³ Kierkegaard, *Aut-aut*, in *Gesammelte Werke*, ediz. Diederich, II, pp. 343-344. Con *Aut-aut* è stato reso nella versione italiana il titolo originale danese *Enten-eller* (nell'ediz. tedesca dei *Gesammelte Werke*, *Entweder-oder*).

È un cenno isolato, ma esso vale, col chiaro riferimento alla concezione del diritto kantiana, a porre in luce l'avversione all'universalismo di questa; il ricondurre, in contrapposto ad essa, il diritto all'amicizia, è una manifestazione di quel senso dell'individuale, della concretezza della persona, che è al centro della filosofia del Kierkegaard: il quale si richiama non alla società e a determinate forme di questa, come pure facevano, a proposito del diritto, gli stessi romantici, ma ad un rapporto, come quello di amicizia, strettamente riferito alle esistenze individuali.

Nelle opere posteriori ad *Aut-aut*, comunque, a ogni forma di istituzione sociale è negato valore, così come a tutto ciò che non è né Assoluto né singolo che possa farsi Assoluto; anzi, le istituzioni sociali, l'etica, e ciò che il Kierkegaard chiama l'« ordine costituito » (*das Bestehende*, nella versione tedesca delle opere kierkegaardiane a cui generalmente ci si riferisce) sono proprio l'ostacolo che il singolo incontra nel suo sforzo per farsi Assoluto, e che deve superare ed infrangere per conseguire questo che è il suo unico autentico fine. L'etica è *generale*¹⁴ — non del singolo cioè né dell'Assoluto —, e la fede, sola via a Dio, è appunto superamento del « generale »: essa è « quel paradosso per cui il singolo è al di sopra del generale »¹⁵, e quindi della ragione e della legge.

L'ordine costituito è il *razionale*; e Dio, l'Assoluto, è oltre la ragione. Per giungere a Dio occorre affrontare il rischio che l'oltrepassare la ragione e l'ordine costituito comporta, rinunciando alla sicurezza che essi appaiono offrirci. Vivere nell'ordine costituito « significa restare al riparo delle sottane della madre, od ancor meglio protetti, in quanto ciò ci permette di calcolare le probabilità e di esimerci comodamente da ogni sia pur minima decisione per la quale il singolo possa farsi del male... “ A che pro”

¹⁴ Kierkegaard, *Timore e tremore* (*Frygt og baeven*, 1843; in tedesco *Furcht und Zittern*), in *Ges. Werke*, III, p. 57.

¹⁵ Ivi, p. 58.

dice l'ordine costituito, "a che pro tormentarsi e martoriarsi con l'immane metro dell'idealità? Rivolgiti all'ordine costituito, aderisci all'ordine costituito, ed avrai il metro. Sei studente? sei sicuro che il professore è il metro e la verità. Sei prete? il vescovo è la via e la vita. Sei scrivano? il metro è il capufficio. *Ne quid nimis!* L'ordine costituito è il razionale; felice te se ti attieni alla condizione di relatività che ti è assegnata..." »¹⁶.

L'ordine costituito dà insomma — potremmo dir noi — quel bene che si suole vedere nel diritto e che i giuristi chiamano *certainza*: quello a cui si riferirà, come vedremo in questo stesso capitolo, il Dostoevskij a proposito del medesimo argomento nella *Leggenda del grande inquisitore*. Ma tale bene è un bene che vale per il mondo, ed il mondo non ha valore. Nel rapporto con Dio — unico valore ed unico autentico fine — il richiarsi a un « ordine costituito », a una legge, è mondanizzare Dio, rendere Dio *relativo*; mentre nel rapporto con Dio deve avvenire proprio l'inverso, deve cioè il singolo farsi assoluto, togliendo valore e fondamento all'ordine costituito¹⁷.

Non è possibile, in altre parole, mediazione tra il singolo e l'Assoluto; tra l'individuale e l'universale non si deve frapporre ciò che è *generale* (e generale è la legge, il diritto, l'ordine razionale). Non c'è valore se non in Dio o nell'unione con Dio; e se all'unione con Dio il singolo può giungere, lo può proprio soltanto in quanto singolo, superando ogni mediazione razionale e sociale, e perciò rifiutando ogni istituzione, compresa la stessa Chiesa. Come all'identificazione dell'assoluto e dell'umano compiuta dallo Hegel il Marx reagisce riducendo la realtà al solo umano, così il Kierkegaard lo fa attribuendo valore al solo Assoluto, al divino.

¹⁶ Kierkegaard, *Scuola di Cristianesimo* (*Indövelse i Christendom*, 1848; in tedesco *Einübung im Christentum*), in *Ges. Werke*, XVIII, p. 84.

¹⁷ Ivi, p. 85.

4. *Stirner*.

Del tutto diverso dall'individualismo religioso del Kierkegaard, tormentato dalla finitezza dell'uomo e anelante a trascenderla in Dio, è quello, anticipante tuttavia anch'esso motivi esistenzialistici, del tedesco Max Stirner (pseudonimo di Giovanni Gaspare Schmidt: 1806-1856): proveniente dall'ambiente della sinistra hegeliana ed anti-borghese come il Marx e l'Engels, ma avversato da questi, che lo criticarono duramente nell'*Ideologia tedesca* ed in altri scritti.

Per lo Stirner, che è in sostanza un romantico, sola realtà e solo valore è l'individuo. Nella sua opera, *L'Unico e la sua proprietà* (*Der Einzige und sein Eigentum*: 1844), vengono rifiutate tutte le dottrine etiche, religiose, politiche e sociali, in nome di un individualismo totale. Neppure la rivendicazione del valore dell'uomo compiuta dal Feuerbach soddisfa lo Stirner, perché l'uomo feuerbachiano è l'umanità, la specie, non l'io particolare e contingente, e non si discosta in realtà dall'Io assoluto del Fichte¹⁸. « Il divino », egli scrive, « è cosa di Dio, l'umano è cosa dell'uomo. La cosa mia non è né divina né umana, non è il vero, il buono, il giusto, il libero ecc., ma soltanto il mio, e non è universale, ma unica, come sono unico io. Non c'è niente al di sopra di me »¹⁹.

È facile immaginare, date queste premesse, che cosa lo Stirner pensi del diritto. Il diritto è « la volontà sovrana della società », e perciò ogni diritto (soggettivo) « è un diritto estraneo, un diritto che "mi vien dato" »²⁰: esso nasce al di fuori dell'individuo, da una volontà che non è la sua. Tanto in uno Stato dispotico quanto in una società socialista, « io non ho un diritto mio, ma un diritto estraneo »²¹.

¹⁸ Stirner, *L'Unico e la sua proprietà*, II, 2 (nella 3ª ediz., Lipsia, 1901, p. 86).

¹⁹ Ivi, Introduzione (p. 8).

²⁰ Ivi, II, 2, § 1 (p. 190).

²¹ Ivi (p. 192).

« Circa il diritto », continua lo Stirner, « si domanda sempre: “che cosa o chi mi dà questo?” ». Risposta: “Dio, l’Amore, la Ragione, la Natura, l’Umanità ecc.”. No: soltanto la tua forza, la tua potenza ti dà questo diritto »²². Ed ancora: « ciò che tu hai la forza d’essere, a questo tu hai diritto. Io traggo ogni diritto e ogni autorizzazione da me stesso; io sono autorizzato a tutto ciò di cui sono capace »²³. « Decido io se una cosa per me è diritto. Se è diritto per me, allora è diritto »²⁴.

Insomma, « chi ha la forza, ha il diritto »²⁵. « Possessore e creatore del mio diritto, io non conosco altra fonte di diritto che me, e non Dio, né lo Stato, né la natura, e neanche l’uomo stesso con i suoi “diritti eterni dell’uomo”, né diritto divino né umano »²⁶. E quanto alla legge e allo Stato, la prima è « la volontà del padrone », e lo Stato non può non volere essere il padrone di tutti; qualunque sia la sua forma, la sua volontà, cioè la legge, è sempre violenza contro l’individuo, costretto a non esercitare la volontà propria, che sarebbe invece di per sé « distruttrice dello Stato »²⁷. È teorizzata così l’anarchia.

Radicalmente antireligiosa, e diretta a liberare l’uomo vero, il vero io, dall’elemento divino attribuitogli secondo lui in un modo o nell’altro da tutti, lo Stirner lascia trasparire l’inconscia aspirazione a fare dell’uomo la divinità, l’assoluto: « si dice di Dio che è perfetto e che quindi non ha alcuna missione di aspirare alla perfezione. Ebbene, la stessa cosa vale per me »²⁸. Queste parole, che lo Stirner scrive alla fine dell’*Unico*, invitano ad attribuire a quanto egli dice del diritto, che può apparire parados-

²² Ivi.

²³ Ivi (p. 193).

²⁴ Ivi (p. 194).

²⁵ Ivi (p. 196).

²⁶ Ivi (p. 209).

²⁷ Ivi (pp. 199-200).

²⁸ Ivi, II, 3 (p. 378).

sale, un significato profondo: quello dell'espressione della coscienza che il diritto, in quanto limitazione della libertà di ciascun individuo (e sia pure per assicurare una *parte* di libertà a tutti), è connesso con la finitezza dell'uomo, il quale *assolutamente* libero non può essere mai perché la sua libertà è limitata da quella altrui, sicché libero in modo assoluto non potrebbe essere se non l'Assoluto; e che appunto solo dell'Assoluto, o di un uomo che si eriga ad Assoluto, può essere la vera libertà. « La libertà », scrive infatti lo Stirner, « può essere soltanto la libertà intera; un pezzetto di libertà non è la libertà »²⁹. E la libertà data all'uomo dal diritto è appunto « un pezzetto » di libertà.

L'ideale anarchico, già perseguito dal Proudhon, e prima di lui, come vedemmo, dal Godwin³⁰, e che del resto in forme diverse (spesso religiose: la negazione della legge e dell'ordine in nome della fede che abbiamo visto or ora compiuta dal Kierkegaard è sostanzialmente anarchismo) ricorre costantemente nella storia, dai Sofisti ai Cinici, agli Stoici ed a sette cristiane di varie epoche, ha nello Stirner uno dei suoi assertori più caratteristici. Nell'Ottocento tuttavia tale ideale fu professato da numerosi scrittori rivoluzionari, tra cui ricordiamo i due agitatori russi Michele Bakunin (1814-1876) e Pietro Kropotkin (1842-1921). Nei loro scritti³¹ si accenna spesso al diritto, per condannarlo, al pari dello Stato, come violenza organizzata che ostacola la libera affermazione dell'individualità.

²⁹ Ivi, II, 1 (p. 164).

³⁰ V. vol. II, pp. 325-326.

³¹ Del Bakunin v. *Stato e anarchia* (1873), e *Dio e lo Stato* (1882, postumo); del Kropotkin, *Parole di un ribelle* (1885), *La conquista del pane* (1892), *Campi, fabbriche e officine* (1898).

5. Nietzsche.

La medesima aspirazione dello Stirner a trascendere la finitezza e la limitatezza dell'uomo si ritrova presso un pensatore di statura filosofica incomparabilmente maggiore, che sviluppa anch'egli motivi, nella loro essenza, esistenzialistici e romantici, il tedesco Federico Nietzsche (1844-1900); e le conclusioni a cui questi giunge a proposito del diritto e dello Stato — temi strettamente connessi con quello della libertà — non sono lontane da quelle dell'anarchismo stirneriano.

Negatore dei valori tradizionali, siano essi attinti alla ragione o alla religione, il Nietzsche esalta come virtù tutto ciò che è affermazione dell'uomo nella sua terrena vitalità, la fierezza, la gioia, la guerra, la volontà di potenza. Una delle sue ultime e maggiori opere, apparsa postuma, si intitola appunto *La volontà di potenza* (*Der Wille zur Macht*), ed ha come sottotitolo *Saggio di un capovolgimento di tutti i valori* (*Versuch einer Umwerthung aller Werthe*). Alla morale comune, « morale del gregge », egli contrappone la morale del « superuomo » (*Ueberschensch*), che è, come dice il titolo stesso di un'altra opera nietzschiana, « al di là del bene e del male »: tentativo anche questo di superare la condizione umana col negarne la finitezza e la contingenza, nel sogno esaltante di un Uomo infinito e assoluto.

Questo sforzo grandioso ed affascinante — manifestazione radicale di tutta una tendenza dello spirito dell'epoca, che, esprimendosi nell'arte non meno che nella filosofia, ne rivela le profonde inquietudini — ha per prezzo la negazione della razionalità e quella della società: che sono i limiti incontrati dall'uomo nell'esplicazione della sua volontà di potenza, nel suo tentativo di affermarsi come superuomo. È evidente perciò che esso comporterà la negazione, come della morale comune, cioè razionale, così del diritto, strumento di razionalizzazione della vita sociale. Soltanto ponendosi fuori della società e contro di

essa il superuomo può rispondere alla sua vocazione: la società non lo può comprendere e contrasta la sua vittoria. Al pari delle convenzioni morali e dei pregiudizi religiosi, le istituzioni giuridiche sono gli espedienti con cui — come nel discorso del sofista Callicle riferito da Platone — i deboli cercano di tenere avvinti i più forti³².

« I diritti », scrive il Nietzsche, « risalgono in primo luogo a un'usanza, l'usanza a un accordo di una sola volta... A poco a poco si credette di possedere una situazione sacra e immutabile, su cui ogni generazione dovesse continuare a costruire. L'usanza era adesso costrizione, anche se non arrecava più l'utilità in vista della quale l'accordo era stato originariamente compiuto. I deboli hanno trovato qui in tutti i tempi la loro salda fortezza; essi tendono a rendere eterno l'accordo fatto per una volta sola, la grazia loro concessa »³³. Infatti, « il diritto di altri è la concessione che il nostro sentimento di potenza fa al sentimento di potenza di questi altri. Quando la nostra potenza si mostra profondamente scossa e infranta, i nostri diritti vengono meno; per contro, quando diventiamo molto più forti, vengono meno i diritti degli altri verso di noi, quali finora glieli avevamo attribuiti »³⁴.

Tutto ciò non impedisce che un apprezzamento della giustizia di contro alla violenza appaia in qualche pagina nietzschiana, come là dove, criticando il socialismo perché « il sentimento ingiusto si annida anche negli animi dei non possidenti », si conclude che « non nuove violente ripartizioni occorrono, ma graduali trasformazioni dell'animo », e che « la giustizia deve in tutti diventare più grande, l'istinto di violenza più debole »³⁵: anche se, nella prefazione alla stessa opera che contiene tali asserzioni,

³² Nietzsche, *La volontà di potenza*, IV, cap. *I forti e i deboli*; cfr. ivi i §§ 316 e 401.

³³ Nietzsche, *Il viandante e la sua ombra* (*Der Wanderer und sein Schatten*), nella II parte di *Umano, troppo umano*, § 39.

³⁴ Nietzsche, *Aurora* (*Morgenröte*), § 112; cfr. *Umano, troppo umano* (*Menschliches, Allzumenschliches*), I, § 93.

³⁵ Nietzsche, *Umano, troppo umano*, I, § 452.

è detto che l'ingiustizia è inseparabile dalla vita, e che la vita è condizionata dall'ingiustizia³⁶.

Del pari, pur ripetendo che il diritto può soltanto essere imposto, non può essere che coazione, e che quindi dobbiamo accontentarci di « diritti arbitrari », il Nietzsche riconosce che proprio questo esprime la « necessità che esista un diritto »³⁷. Ma queste notazioni, come altre, più o meno incidentali, da cui appare una valutazione positiva della vita sociale e giuridica, non debbono trarre in inganno: se la società e lo Stato appaiono talvolta al Nietzsche possedere qualche valore, ciò è perché essi non sono altruisti e rappresentano anzi l'immoralità organizzata; hanno cioè il coraggio e la forza di fare cose che ripugnano all'uomo del gregge³⁸.

In realtà l'atteggiamento del Nietzsche verso la vita sociale è quello espresso in *Così parlò Zarathustra* (*Also sprach Zarathustra*: 1883): « Non vi consiglio lavoro, ma lotta. Non vi consiglio la pace, ma la vittoria. Il vostro lavoro sia lotta, la vostra pace vittoria! »³⁹. « Forse vi consiglio l'amore del prossimo? Preferisco consigliarvi la fuga dal prossimo e l'amore del più lontano »⁴⁰. « Sei tu capace di assegnare a te stesso il tuo bene e il tuo male, e di importi la tua volontà come una legge? »⁴¹. « Così parla in me la giustizia: "gli uomini non sono uguali". E nemmeno debbono divenirlo!... Su mille ponti e su mille sentieri debbono lanciarsi verso l'avvenire, e sempre più deve esserci fra loro lotta ed ineguaglianza... Divinamente noi vogliamo lottare l'uno *contro* l'altro! »⁴².

³⁶ Ivi, Prefazione, § 6.

³⁷ Ivi, I, § 459.

³⁸ Nietzsche, *La volontà di potenza*, §§ 716-717.

³⁹ Nietzsche, *Così parlò Zarathustra*, parte I, *Della guerra e dei guerrieri*.

⁴⁰ Ivi, parte I, *Dell'amore del prossimo*.

⁴¹ Ivi, parte I, *Del cammino del creatore*. Si veda la parafrasi poetica che di questi passi compì il D'Annunzio nell'ode in morte del Nietzsche (*Per la morte di un distruttore*, in *Laudi*, II, *Elettra*).

⁴² Ivi, parte II, *Delle tarantole*.

Lungo potrebbe essere il discorso circa le suggestioni che il pensiero del Nietzsche esercitò e sugli sviluppi etici e politici di esse. Qui dobbiamo limitarci a considerare quanto di tale pensiero riguarda il diritto, argomento che il Nietzsche — il quale del resto non è filosofo sistematico, e si esprime per aforismi frammentari e non di rado contraddittori — non trattò in modo specifico. Certo, meglio che in qualsiasi altro pensatore irrazionalista si riscontrano nel Nietzsche le manifestazioni dell'atteggiamento irrazionalistico riguardo anche al diritto: con il Kierkegaard egli ha in comune il rifiuto di esso nel trascendimento, nel superamento di una realtà che non è quella autentica, e che l'uomo, per affermare la propria vera essenza, deve ignorare; con lo Stirner ha in comune il disprezzo per una disciplina creata dalla massa mediocre degli uomini comuni, che l'uomo d'eccezione, l'« unico », il « superuomo », infrange e calpesta. Quella che in ogni caso è negata in questa fuga verso l'assoluto, sia questo concepito nella trascendenza oppure nel mondo, è la società, con i limiti che essa pone al singolo, e che in una maniera o nell'altra, secondo la forma che essa assume storicamente, si esprimono nel diritto.

6. *Lamennais, Tolstoj, Dostoevskij.*

Anche se ciò, detto a proposito di scrittori dichiaratamente atei come lo Stirner e il Nietzsche, può apparire paradossale, il loro atteggiamento è assai prossimo a quello religioso; ed i punti di contatto del loro pensiero in tema di società e di diritto con quello del Kierkegaard stanno a confermarlo. Tanto lo Stirner quanto il Nietzsche sono insofferenti della condizione finita e limitata dell'uomo, quale si avverte massimamente nella società per il condizionamento che l'individuo subisce ad opera degli altri individui; e l'aspirazione a trascendere, o a distruggere, la società è in fondo sempre un'aspirazione a trascendere il mondo, nella ricerca di quella libertà totale, assoluta,

che nel mondo, nella società, non può avere luogo, e della cui limitazione è strumento il diritto.

Non deve perciò meravigliare che ideali sostanzialmente anarchici, rifiutanti il diritto e lo Stato, siano nutriti anche nell'Ottocento da spiriti religiosi, come era avvenuto spesso nella storia del cristianesimo, ed in particolare alle sue origini⁴³. L'antilegalismo, del resto, è sempre stato caratteristico del filone antintellettualistico del pensiero cristiano — si pensi ad esempio al Pascal⁴⁴ —, anche quando questo non si manifestò nel millenarismo, cioè nell'annuncio dell'avvento del regno di Dio sulla terra.

Radicalmente antilegalistico è il pensiero del francese Félicité de Lamennais (o de La Mennais: 1782-1854), uno dei più vivaci scrittori cattolici dell'età della Restaurazione, che da posizioni clericali, o, come si diceva in Francia, « ultramontane », passò dopo il 1830 a professare idee liberali e più tardi democratico-socialistiche, fino ad incorrere nella condanna da parte del papa Gregorio XVI.

Gli ideali socialistici del Lamennais sono tuttavia di carattere misticheggiante. In *Paroles d'un croyant* (1833) è prospettata in forme e con linguaggio religiosi una società che realizza la Città di Dio, nella quale « tutti sono uguali, nessuno domina, perché la giustizia sola vi regna insieme con l'amore »⁴⁵. In tale società divinizzata naturalmente scompare il diritto, tanto più che causa delle discordie fra gli uomini, oltre il desiderio delle ricchezze, sono le cattive leggi; e « nel mondo non ci sono che leggi cattive ». Chi segue la legge del Cristo non ha bisogno di altre leggi⁴⁶.

L'aspirazione ad una « comunione », cioè appunto ad una società fondata esclusivamente sull'amore, fuori di ogni vincolo imposto da un'autorità e fatto osservare con

⁴³ V. vol. I, p. 180.

⁴⁴ V. vol. II, pp. 157-160.

⁴⁵ Lamennais, *Paroles d'un croyant*, XXXIV (in *Oeuvres complètes*, Parigi, 1836-1837, XI, p. 130).

⁴⁶ Ivi, XXIX (pp. 110-111).

la forza, è vivissima nel grande scrittore russo Leone Tolstoj (1828-1910), che nell'ultima parte della sua vita professò un misticismo richiamantesi al cristianesimo primitivo. Manifestantesi qua e là anche nelle sue opere letterarie più tarde — soprattutto nel romanzo *Resurrezione* (1899) —, il rifiuto da parte del Tolstoj del diritto a causa del suo carattere coattivo è espresso più rigorosamente in due scritti minori, *Intorno al diritto, corrispondenza con un giurista*, e *La legge della forza e la legge dell'amore* (1910). A fondamento della teoria religioso-sentimentale del Tolstoj circa la possibilità e quindi la necessità morale di una società retta dall'amore sta la convinzione che tale fosse la società cristiana originaria, prima che essa assumesse forma giuridica nella Chiesa, e che all'attuazione di essa fosse rivolto l'insegnamento evangelico.

Diversa, ed assai più profonda, è la raffigurazione che del rapporto fra libertà cristiana e situazione dell'uomo nella società compie l'altro grandissimo scrittore russo Fëdor Dostoevskij (1821-1881), (la cui arte è espressione della medesima inquietudine che è alla radice dell'esistenzialismo del Kierkegaard e del Nietzsche) nelle celebri pagine del romanzo *I fratelli Karamazov* in cui è rappresentato il Cristo a cui il Grande Inquisitore — cioè la Chiesa, e prima ancora la società organizzata — rimprovera di avere offerto agli uomini la libertà, dono che gli uomini non vogliono: perché gli uomini vogliono non la libertà ma la sicurezza, anche a costo di essere schiavi, e la loro natura di uomini richiede l'autorità⁴⁷.

Benché nel discorso dell'Inquisitore non appaia la parola *diritto*, il suo significato è appunto quello dell'inevitabilità del diritto, dell'organizzazione giuridica, nella società umana: perché agli uomini sia assicurato ciò che ad essi massimamente preme, la ricchezza e la pace, materiali e spirituali, di contro alla libertà assoluta, che è respon-

⁴⁷ Dostoevskij, *I fratelli Karamazov*, V, 5.

sabilità e rischio, della vita non governata dalla legge. È, espressa artisticamente, la stessa concezione che filosoficamente aveva svolto il Kierkegaard, e che ha la sua prima espressione nelle lettere di san Paolo ai Romani ed ai Galati: la concezione che ha vivo il senso dell'insuperabile antitesi tra vita in Dio e vita nel mondo, nel mondo che è società, e che richiede perciò la legge.

Il positivismo

1. La « filosofia positiva ».

Già nel secolo XVIII una delle maggiori componenti della cultura che si disse illuministica era stato il naturalismo, il quale poneva come oggetto primo, anzi esclusivo, dell'indagine filosofica la realtà oggettiva; ed il metodo più apprezzato e seguito era stato quello empiristico, che era il metodo delle scienze della natura. A ciò aveva grandemente contribuito lo sviluppo che tra il Sei ed il Settecento avevano avuto tali scienze, che erano apparse rappresentare l'elemento fondamentale del progresso.

Questo modo di pensare perdura nei primi decenni dell'Ottocento — lo abbiamo ritrovato in Italia presso il Romagnosi e il Cattaneo —, soprattutto fuori della Germania, che fu invece in quel tempo dominata dal romanticismo e dall'idealismo; e trae più tardi nuovo alimento dai sempre maggiori progressi delle scienze sperimentali e dalle loro grandiose applicazioni tecniche. Lo sviluppo di esse non poteva non suscitare il convincimento che il loro metodo fosse quello vero, adatto per ogni forma di sapere, e che esso si dovesse applicare anche alle scienze che poi furono dette « morali » o « spirituali », e in primo luogo alle scienze della società. Si fece insomma sempre più strada l'idea che conoscenze vere non potessero fondarsi se non sull'osservazione dei fatti, e che pertanto si dovesse rinunciare a ricercare il principio universale della realtà e le cause ultime dei fenomeni, per tendere unica-

mente a scoprire le leggi costituite dalle relazioni costanti e invariabili tra i fenomeni stessi ¹.

Appunto leggi costanti ed invariabili si pensa ora che possano essere scoperte anche nella società; e la vecchia aspirazione ad un sapere universale e totale, che il medioevo aveva tentato di soddisfare per mezzo della teologia, rinasce in forma « moderna » nella speranza, anzi nella ferma fiducia che a soddisfarla possa valere il metodo delle scienze della natura.

Ed in effetti, è il metodo che costituisce l'essenza del positivismo. Questo non è una dottrina specifica, ed assume infatti forme diverse ed ha oggetti diversi nei vari paesi; è una filosofia che, rifiutando ogni metafisica, vuole fondarsi soltanto sui fatti « positivi », conosciuti esclusivamente per mezzo dell'osservazione e dell'esperimento, e intende giungere a una conoscenza non universale, assoluta, bensì *generale*, riassumendo, coordinando e ponendo in sistema le leggi scoperte e formulate dalle varie scienze: comprese fra queste anche le scienze dell'uomo e della società, dall'applicazione alle quali del metodo positivo si attendono anzi i risultati maggiori.

Fra i pensatori di cui ci è già occorso di parlare, oltre al Romagnosi (che è ancora sensista e naturalista nel modo illuministico più che positivista nel senso ottocentesco), si può fare rientrare fra i positivisti Giovanni Stuart Mill: il quale si ricollega del resto anch'egli, attraverso il Bentham, all'illuminismo, di cui il positivismo continua lo spirito, svolgendone i motivi più decisamente empiristici.

2. *Saint-Simon e Carlo Comte.*

Fu in Francia che il metodo positivistico venne prevalentemente applicato all'indagine dei fenomeni sociali, fin dall'opera di Claudio Enrico de Rouvroy conte di

¹ Il programma del positivismo è esposto da Augusto Comte nella prima lezione del suo *Cours de philosophie positive* del 1839-1842.

Saint-Simon (1760-1825), uno dei socialisti « utopisti », anch'egli peraltro più vicino all'illuminismo settecentesco che al vero e proprio positivismo. Nei suoi scritti il rinnovamento sociale destinato a fare sparire gli antagonismi di classe e a promuovere l'associazione universale è visto come il risultato della cultura scientifica, di una cultura cioè non più poggiante sulla teologia o sulla metafisica, ma sui fatti positivi. Gli argomenti morali e sociali dovranno essere trattati con lo stesso metodo con cui si trattano quelli delle scienze naturali; e il « nuovo cristianesimo » che il Saint-Simon annuncia, regno dell'amore, sarà opera degli scienziati e dei tecnici, ai quali spetterà rispettivamente la direzione spirituale e la cura degli interessi materiali della società².

Ci interessa più da vicino il giurista e uomo politico Carlo Comte (1782-1837) — da non confondersi con Augusto Comte, di cui si dirà tra breve —, nella cui opera si potrebbe riconoscere un primo accenno a quella che sarà detta più tardi sociologia giuridica, in quanto vi si incontra un'impostazione del problema della legislazione sulla base dello studio sistematico dei fenomeni sociali, che vengono riconosciuti come fondamento del diritto. Non per nulla l'opera di Carlo Comte, il *Traité de législation* (1826), che si ripromette, come è detto nel sottotitolo, di scoprire le leggi generali secondo le quali i popoli « prosperano, deperiscono e rimangono stazionari », fu tenuta presente dal Romagnosi³, il quale appunto tendeva, sebbene per altra via, a trovare un nesso tra fatti sociali e diritto.

È da osservare peraltro che la riadduzione del diritto al fatto della società non era per sé stessa tesi originale, giacché essa si ritrova già presso Aristotele e in generale in tutte le filosofie giuridiche e sociali di metodo empiri-

² Fra le numerose opere del Saint-Simon sono da ricordare qui *Mémoire sur la science de l'homme* (1813) e *Nouveau christianisme* (1825).

³ Romagnosi, *Lettere al Vieusseux*, II, § 78 (nell'ediz. De Giorgi, III, p. 522).

stico (l'esempio piú notevole lo abbiamo incontrato presso il Montesquieu). Diverso è ciò che avviene a cominciare dall'opera dell'altro e piú celebre Comte, Augusto, con la fondazione della « sociologia », che della società e dei suoi fenomeni intenderà essere vera e propria *scienza*.

3. Augusto Comte e la sociologia.

Il pensiero di Augusto Comte (1798-1857) si ricollega a quello del Saint-Simon, del quale il Comte fu per alcuni anni amico e collaboratore; e se nei suoi sviluppi piú tardi assunse un orientamento misticheggiante che indusse il filosofo positivista a bandire addirittura una nuova religione di cui si proclamò Gran Sacerdote, la « religione dell'Umanità », ed a scrivere nel 1852 un *Catéchisme positiviste*, negli anni del suo maggiore equilibrio diede vita alla prima organica dottrina positivistica, quella contenuta nel *Cours de philosophie positive* (1839-1842).

Il Comte classifica le scienze secondo la loro « generalità decrescente », alla quale corrisponde una « crescente complicazione »: dalla matematica, la piú generale e meno complessa, alla sociologia, la piú complessa e meno generale. Appunto la sociologia è una creazione del Comte, che la intende come una « fisica sociale » — espressione già usata dal Saint-Simon —, una forma di conoscenza dei fenomeni sociali che ha gli stessi caratteri della scienza della natura, e che egli ritiene suo compito portare a compimento come tale: cioè come scienza positiva della società, fondata esclusivamente sull'osservazione dei fatti, al di fuori di ogni ideologia metafisica⁴.

Nella sociologia così come la concepisce il Comte si risolvono e perdono ogni autonomia e ragion d'essere le particolari forme di conoscenza della società; anzi, ad essa, scienza onnicomprensiva e sintetica in cui tutto il

⁴ Alla sociologia, o « fisica sociale », sono dedicati gli ultimi tre dei sei volumi del *Cours de philosophie positive*.

sapere è ricondotto a unità, si riduce la stessa filosofia. È evidente che fra le prime forme di conoscenza destinate ad essere assorbite e soppiantate da questa scienza delle scienze umane è la filosofia del diritto; e del resto per il diritto stesso il Comte non mostra mai molta considerazione: fenomeno determinato dalle forze sociali, esso si manifesta soltanto nei primi due dei tre « stati » che secondo il Comte l'evoluzione dell'umanità attraversa⁵ — quello « teologico » e quello « metafisico » —, e scomparirà del tutto nel terzo e perfetto stato — quello « positivo » — in cui all'opera dei giuristi si sostituirà quella dei sociologi. In questo modo, per la via del metodo positivistico, il Comte arriva alla solita meta di tutte le filosofie antistoriche, il mito della società senza diritto: con l'innovazione che, invece della filosofia o dell'amore, a governare la società viene posta la scienza.

Per di più, la concentrazione di tutti gli oggetti delle scienze umane in quell'unico oggetto di un'unica scienza che è la società portò il Comte ad ipostatizzare quest'ultima in una realtà per sé stante, la cui considerazione prescinde da ogni interesse per gli individui, che della società sono invece gli elementi concreti; e, come per tutt'altra via o su altri piani avevano fatto lo Hegel e il Marx, che col porre al centro della loro dottrina l'Assoluto o una società resa anch'essa Assoluto avevano perso di vista gli individui e perciò il diritto, che regola i rapporti fra questi, così fa il Comte: ai cui occhi, fissi sulla Società, il diritto appare senza significato, o addirittura, nel suo aspetto soggettivo più immediatamente connesso con la realtà dell'individuo, come elemento negativo nei confronti della società stessa.

Nel *Système de politique positive* — che, scritto nel 1851-1854, appartiene però già al periodo misticheggiante e metafisicizzante del pensiero comtiano — è detto in-

⁵ Comte, *Cours de philosophie positive*, lez. I (nella 5ª ediz., Parigi, 1907, I, p. 4).

fatti che « ciascuno ha doveri, e li ha verso tutti; ma nessuno ha alcun diritto propriamente detto »⁶, e che « la parola *diritto* deve essere eliminata dal vero linguaggio politico » perché « creazione teologico-metafisica »⁷; e nel *Catéchisme positiviste* si afferma che « il positivismo non riconosce a nessuno altro diritto se non quello di fare sempre il proprio dovere... Ogni diritto umano è tanto assurdo quanto immorale »⁸.

Sono idee che, filosoficamente opinabili come ogni teoria filosofica, politicamente potevano avere sviluppi in senso limitatore della libertà individuale; soprattutto incontrandosi, come si incontrarono — anche a causa della loro facile divulgabilità, atta a renderle popolari —, con quelle di maldestri seguaci dell'hegelismo e del marxismo, incapaci di cogliere i profondi valori umani di queste filosofie. Ed in effetti, a parte i meriti che il metodo positivistico e sociologico può avere avuto in altri campi, in quello giuridico-politico il positivismo e il sociologismo attenuarono quel senso del valore del diritto soggettivo, e perciò dell'individuo e della sua libertà, che tanto energicamente ed efficacemente era stato affermato dall'illuminismo, e che nell'Ottocento e nel Novecento via via si è andato perdendo.

4. *I riflessi del positivismo filosofico nel campo giuridico.*

Il Comte, tutto preso dal suo ideale della sociologia come scienza universale ed unificatrice di tutto il sapere, non si cura, come abbiamo visto, del diritto neppure sotto l'aspetto sociologico. Non è perciò dal suo insegnamento che si sviluppa la sociologia giuridica, cioè lo studio del diritto, anziché nei suoi fini etici o politici o nella sua

⁶ Comte, *Système de politique positive*, I, Parigi, 1851, p. 361.

⁷ *Ivi*.

⁸ Comte, *Catéchisme positiviste*, XI (nella 3ª ediz., Parigi, 1890, pp. 298-300). Ma l'atteggiamento del Comte riguardo al diritto si può riconoscere già nei voll. V e VI del *Cours de philosophie positive*.

struttura formale, nella sua connessione con i fenomeni sociali, non come valore insomma o come norma, ma come fatto.

È tuttavia nel clima culturale del positivismo che una sociologia del diritto comincia a delinearsi. Sul concetto di giustizia imperniò tutta la sua sociologia il maggiore filosofo positivista italiano, Roberto Ardigò, di cui si dirà fra poco⁹; ed altri scrittori, seguendo metodi diversi ma tutti di ispirazione fondamentalmente positivistica, costruirono teorie che, anche se non si possono fare rientrare nella sociologia giuridica in senso stretto, hanno carattere sociologico-giuridico per la riconnessione dei fenomeni giuridici ai fatti sociali empiricamente osservati.

Tralasciando quelle che non influirono a loro volta su altre dottrine, e rimandando ad un altro capitolo le notizie sulla sociologia giuridica in senso proprio e preciso quale la concepì l'Ehrlich¹⁰, e sui successivi sviluppi di questa, si possono ora ricordare le teorie più originali, o che ebbero maggiore fortuna, o che esercitarono più vasto influsso: facendo cenno sia di quelle il cui fondamento è prevalentemente storico, sia di quelle che si basano invece sull'etnografia e sul diritto comparato: le quali ultime non rientrerebbero, a rigore, nella sociologia del diritto, ma condividono tuttavia con essa l'impostazione positivistica, e ad essa hanno fornito dati e strumenti di lavoro, sicché è opportuno farne cenno nel medesimo luogo.

Qui occorre preliminarmente osservare che, nel campo del diritto come in quello di tutte le creazioni umane, la più autentica applicazione del metodo positivistico, in quanto questo voglia essere constatazione di fatti, è la ricerca storica. L'elaborazione dei dati dell'osservazione storica che compiva la sociologia di tipo comtiano, con il suo processo di generalizzazione e di astrazione, lungi dal-

⁹ V. sotto, pp. 210-213.

¹⁰ V. sotto, pp. 244-246.

l'attribuire valore ai fatti, faceva proprio perdere di vista la realtà concreta di quei fenomeni di cui aspirava ad essere scienza. Sotto questo aspetto, l'opera dei giuristi storico-positivisti come il Maine ed altri di cui ora si dirà continua quella della scuola storica del diritto, anche quando non si ricollegghi direttamente ad essa, per la costante aderenza al dato concreto; e ciò, cosa singolare, proprio nel periodo in cui gli ultimi esponenti della scuola storica scivolavano invece, come già abbiamo accennato e come vedremo meglio fra poco, verso un formalismo che del positivismo accoglieva soltanto la tendenza all'astrazione generalizzante e antistorica.

Metodo storico e metodo comparatistico sociologico segue congiuntamente l'inglese Enrico Sumner Maine (1822-1888). Autore di importanti opere di storia del diritto, il Maine scrisse nel 1861 *Ancient law*, libro in cui, sulla base dello studio comparato dei vari ordinamenti giuridici — metodo anche questo non nuovo, risalente esso pure agli antichi Greci, ed usato, oltre che dal Montesquieu, in qualche misura dal Vico —, e in particolare confrontando il diritto romano con quello indiano, formulò una legge dell'evoluzione storica del diritto che ebbe larga fortuna.

Secondo questa legge l'umanità si trova dapprima in una condizione di « status », cioè in una condizione in cui l'individuo è sottoposto alle norme del gruppo sociale in cui è nato e non tende a modificarle con la sua volontà: le accetta come aventi origine divina o perché consacrate dalla consuetudine. Mentre alcune società, quelle « statiche », non oltrepassano questa condizione originaria, anche se pian piano attenuata, altre, quelle « progressive », la superano, evolvendosi gradualmente verso la condizione di « contratto »¹¹: in cui gli individui giungono a considerarsi membri di un'associazione volontaria fondata sul consenso dei soci, ciascuno dei quali ha piena personalità

¹¹ Maine, *Ancient law*, ediz. Pollock, Londra, 1912⁴, pp. 172-174.

ed ha facoltà di determinare liberamente la propria situazione giuridica.

Alla teoria del Maine si ricollega quella del belga Guglielmo de Greef (1842-1924), che sente però soprattutto l'influsso dell'evoluzionismo dello Spencer, di cui si dirà fra breve. Nella sua *Introduction à la sociologie* (1886-1889), il de Greef delinea una legge di sviluppo della società per la quale questa passa da una condizione in cui domina il dispotismo violento ed irregolare ad altre in cui l'autorità dapprima si concentra in organi definiti ma dotati ancora di poteri illimitati ed incontrollati, poi viene gradualmente a corrispondere alla volontà delle diverse sfere della vita sociale.

Un tipo analogo di studio del diritto, anch'esso di ispirazione positivistica, è l'etnografia giuridica o giurisprudenza etnologica, di cui è considerato fondatore il tedesco Alberto Ermanno Post (1839-1895), autore, oltre che di molte altre opere¹², di *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz* (1894-1895). Il Post estese l'indagine comparativa degli istituti giuridici, già usata dal Maine, a un maggior numero di popoli, ponendo in relazione le manifestazioni della loro vita giuridica con le loro caratteristiche etniche, e ritrovando fra tali manifestazioni tratti largamente comuni.

Il metodo comparativo fu seguito nella seconda metà dell'Ottocento da molti studiosi, tra cui si può ricordare, oltre Emerico Amari di cui si dirà più oltre¹³, il francese Alfredo Fouillée (1838-1912)¹⁴, che vide nell'evoluzione storica del diritto la progressiva realizzazione della libertà mediante « idee-forza », naturalisticamente determinate ma che agiscono poi come strumento di liberazione. Caratteristica dell'opera del Fouillée è l'attribuzione, compiuta

¹² Fra esse, particolarmente notevoli *Der Ursprung des Rechts* (1876) e *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte* (1884).

¹³ V. sotto, nota 40.

¹⁴ Autore di *L'idée moderne du droit* (1878).

mediante un'alquanto arbitraria ed assai pericolosa induzione, già tentata con risultato infelice da altri ¹⁵, di ideali giuridici diversi a ciascuna delle principali nazioni.

A questo proposito è da osservare che la comparatistica giuridica, da metodo di studio del diritto che può senza dubbio permettere una particolare sistemazione scientifica di esso, è talvolta portata a trasformarsi in teoria filosofica, rischiando addirittura di dar vita a quella metafisica da cui i positivisti aborriscono. Certo è che, come la teoria generale del diritto di cui si dirà nel prossimo capitolo, e che è anch'essa un tipo di scienza giuridica, così la comparatistica (e la sociologia fondata su essa) ritenne di potere sostituire la filosofia del diritto ¹⁶, secondo la convinzione dei positivisti che la scienza può e deve sostituire la filosofia: senza accorgersi di creare spesso in tal modo altre filosofie, e per giunta non molto profonde.

A conclusioni prossime alle tesi del Marx, anche se di fondamento diverso, giunge un giurista-sociologo polacco, Lodovico Gumplowicz (1838-1909), per il quale il diritto è l'espressione del predominio di una classe sociale risultante dalla lotta fra le classi con cui si continua, nell'ambito dello Stato, la lotta fra gruppi umani diversi (che il Gumplowicz chiama « razze »), lotta dalla quale lo Stato stesso è generato come potere di fatto ¹⁷.

¹⁵ Tale induzione era stata compiuta, con minori pretese scientifiche ma con alquante velleità filosofiche, dal celebre storico francese Giulio Michelet (1798-1874) in una singolare opera storico-filosofico-giuridica, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel* (1837), che era un rudimentale saggio di diritto comparato ma che aspirava ad essere una filosofia del diritto (richiamantesi, piuttosto arbitrariamente, al Vico).

¹⁶ È singolare che una simile opinione appaia, seppure incidentalmente, presso un pensatore lontano dal positivismo come il Nietzsche, per il quale « finché la scienza del diritto non si porrà su un nuovo terreno, cioè su quello della comparazione delle storie e dei popoli, si persisterà nell'inutile battaglia di astrazioni totalmente false, che oggi si presentano come "filosofia del diritto" e che sono del tutto lontane dagli uomini attuali » (*La volontà di potenza*, § 744).

¹⁷ Gumplowicz, *Philosophisches Staatsrecht* (1877), o, nella 2ª ediz.

Fedele seguace del Comte è infine il francese Emilio Durkheim (1858-1917), il quale tuttavia non nutre per il diritto l'avversione che ad esso aveva dimostrato il maestro. Anzi, se questi aveva risolto interamente la conoscenza del diritto nella sociologia generale, il Durkheim invece riduce praticamente tutta la sociologia alla sociologia del diritto, in quanto il diritto è per lui ciò che vi è di « più stabile e più preciso » nell'organizzazione sociale: « la vita generale della società », egli scrive, « non può estendersi in un punto senza che la vita giuridica vi si estenda nello stesso tempo e nello stesso rapporto »¹⁸.

5. Kirchmann e il problema della scienza giuridica.

Come vedremo nel capitolo seguente, nel generale entusiasmo dell'epoca per le conquiste della scienza della natura, molti giuristi, che intendevano essere, come i tempi esigevano, positivisti, guardarono a tali scienze come a modello anche per la scienza del diritto, senza domandarsi se l'oggetto di questa non fosse per sua essenza così diverso da quelli delle scienze naturali da non potere essere trattato con i metodi di esse. Già nel 1847 però un positivista proveniente dalla scuola storica del diritto, Giulio Ermanno von Kirchmann (1802-1899), autore più tardi di una teoria giuridica storico-empiristica¹⁹, aveva pronunciato un celebre discorso, pubblicato l'anno successivo, il cui titolo è già per sé stesso eloquente, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*), in cui, fondandosi sulla concezione della scienza propria del positivismo, al lavoro del giurista negava recisamente carattere scientifico.

(1897), *Allgemeines Staatsrecht*; *Der Rassenkampf* (1883); *Grundriss der Sociologie* (1885); *Die sociologische Staatsidee* (1892).

¹⁸ Durkheim, *De la division du travail social* (1893), I, I, 3 (nella 2ª ediz., Parigi, 1902, p. 29).

¹⁹ *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral* (1869).

La concezione che i positivisti avevano della scienza era quella, suggerita, come si è già detto, dalle scienze della natura, di una conoscenza oggettiva di una realtà del tutto indipendente dal pensiero e dall'azione dell'uomo, conoscenza che si attuava nella formulazione di rapporti costanti tra fatti osservati, ossia di « leggi » immutabili. Ora appunto questo compito, che è « lo stesso di tutte le altre scienze », il « comprendere il suo oggetto, scoprirne le leggi, sviluppare fino in fondo i concetti, riconoscere l'affinità e la connessione delle singole figure, organizzare il proprio sapere in un sistema semplice »²⁰, il Kirchmann avrebbe voluto vedere adempiuto dalla giurisprudenza perché questa potesse meritare il nome di scienza.

Tale compito, invece, la giurisprudenza non gli appare in grado di adempierlo. Non è per caso, egli osserva, che, mentre le scienze naturali hanno compiuto scoperte su scoperte, nella giurisprudenza non si sia avuto, dal secolo XVI in poi, vero progresso (dove l'insoddisfazione dei giuristi per la loro attività)²¹: e questa inferiorità della giurisprudenza rispetto alle vere scienze ha varie cause. La prima è la mutevolezza del suo oggetto: mentre i fenomeni della natura sono oggi ancora gli stessi del tempo di Plinio, il diritto da allora è cambiato²²; donde l'instabilità delle proposizioni della scienza giuridica, sempre in ritardo sul proprio oggetto ed incline a forzarlo in concetti relativi ad istituti già superati²³. Un'altra causa è che sullo studio del diritto influiscono i sentimenti personali dello studioso, cosa che impedisce a questo di operare con obiettività²⁴. Infine, il diritto riveste spesso la forma della legge positiva, la quale, essendo prodotto della volontà umana, non

²⁰ Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, p. 10 della ristampa, Darmstadt, 1966.

²¹ Ivi, pp. 11-12; cfr. pp. 41-42.

²² Ivi, pp. 13-15.

²³ Ivi, pp. 15-18.

²⁴ Ivi, pp. 18-20.

può essere scevra di elementi contingenti e arbitrari e dipende da circostanze di tempo e di luogo. Famosa è l'affermazione che il Kirchmann compie a questo proposito: « a causa della legge positiva i giuristi sono diventati vermi che vivono soltanto di legno marcio. In quanto assume come suo oggetto il contingente, la scienza del diritto diventa contingenza essa stessa: tre parole modificatrici del legislatore, e intere biblioteche diventano carta straccia »²⁵.

Questi ed altri caratteri dello studio del diritto, confrontato con « la nobiltà delle scienze della natura », il cui oggetto « è soltanto ciò che è naturale, eterno, necessario »²⁶, fanno concludere al Kirchmann che essa non può avere valore scientifico: giudizio determinato prevalentemente dal modello di scienza a cui egli si riferisce, che è quello della scienza della natura.

La conclusione del Kirchmann non avrebbe dovuto dunque avere altro significato se non di constatazione del fatto che la giurisprudenza non è una scienza naturale: senza con questo escludere che potesse essere una scienza di tipo diverso. Ma la concezione della scienza propria del positivismo era troppo suggestiva, nella sua superficialità e nel suo semplicismo, per non essere accolta dai più: come vedremo nel capitolo seguente, i giuristi formalisti, nelle loro costruzioni teoriche la cui ambizione era appunto quella di compiere trattazioni *scientifiche* del diritto, guardarono infatti ad un modello di scienza che era quello proposto dalla scienza della natura; e per conseguenza le loro teorie non si sottrassero all'accusa di non scientificità, a cui, fintanto che la scienza venga intesa soltanto in tal modo, la giurisprudenza non può effettivamente sottrarsi.

Il problema della possibilità di una scienza del diritto — problema assai dibattuto anche ai nostri giorni — muterà prospettiva soltanto quando, tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, si concepiranno altre forme di

²⁵ Ivi, p. 25.

²⁶ Ivi, p. 31.

scienza, comportanti metodi diversi da quelli della scienza della natura, e quest'ultima stessa verrà intesa in modo differente da quello che era stato tradizionale dal secolo XVII fino all'età del positivismo. Un primo esempio di queste nuove possibilità di impostazione del problema lo incontreremo nell'ultimo paragrafo di questo stesso capitolo a proposito di un positivista che già si allontana dal positivismo, Guglielmo Wundt.

6. *Spencer.*

Il positivismo, tutto fondato sul principio che di nulla si può parlare scientificamente se non dei fatti, se non di ciò che è positivo, era la filosofia più adatta a distruggere dalle radici l'idea del diritto naturale. In effetti, si dichiararono « positivisti » coloro che, nella seconda metà dell'Ottocento e poi nel Novecento negarono totalmente tale idea, sostenendo che di nessun altro diritto si può parlare se non di quello, appunto, « positivo »: giocando in parte, inavvertitamente, sulle parole, perché l'aggettivo *positivo* riferito al diritto ha un significato diverso da quello con cui è usato in filosofia. Ma di ciò si dirà nel capitolo riguardante il positivismo giuridico²⁷; qui ci limitiamo a rilevare che il più celebre e fortunato fra i filosofi positivisti, l'inglese Spencer, lungi dal negare il diritto naturale, intese il diritto soprattutto sotto la specie di questo.

Erberto Spencer (1820-1903) attinge alla teoria biologica del Darwin il principio dell'evoluzione, che applica anche nel campo etico. La morale, che è il complesso delle norme che rendono possibile la convivenza, ed è una necessità biologica in quanto strumento di adattamento all'ambiente, ha origine dall'esperienza; ma non dall'esperienza degli individui, bensì da quella della specie. Le norme di essa, che mutano nel tempo per adattarsi alle circostanze ambientali, nonostante la loro origine e il loro carattere

²⁷ V. sotto, pp. 217-219.

empirico, per l'individuo costituiscono un dato *a priori*.

Accogliendo però la tesi del Maine del passaggio della società dalla condizione di *status* a quella di contratto — che ben si accordava col principio dell'evoluzione —, lo Spencer svolge la teoria di uno sviluppo dell'umanità da un iniziale tipo militare verso il tipo industriale, sviluppo al termine del quale dovrebbe averosi un'organizzazione sociale perfetta; ed alle due diverse società, quella in via di perfezionamento e quella in cui questo è compiuto, egli fa corrispondere due etiche, l'una « relativa » e l'altra « assoluta », fra le quali vi è lo stesso rapporto che intercorre tra la patologia e la fisiologia ²⁸.

Lo stesso avviene per il diritto. Anche questo è un prodotto dell'esperienza della specie umana nel corso della sua evoluzione, e risponde a un motivo utilitario, la necessità di assicurare le condizioni di sussistenza dell'umanità. Ma i veri diritti (soggettivi) — quelli sui quali soprattutto egli si sofferma — non sono per lo Spencer i diritti sanciti dalle leggi positive, bensì quelli che derivano dalla legge dell'uguale libertà, indipendentemente dal fatto d'essere stabiliti dal diritto dello Stato.

Questa legge dell'uguale libertà è quella secondo la quale ogni uomo è libero di fare ciò che vuole purché non leda l'uguale libertà di ciascun altro ²⁹: principio identico, come lo stesso Spencer in un secondo tempo riconobbe ³⁰, a quello espresso dal Kant nella sua definizione del diritto ³¹: indotto per via empirica, e quindi « scientifica », anziché esser dedotto kantianamente da un'idea *a priori*, ma che esprime in entrambi i casi l'esigenza razionale della coesistenza pacifica degli individui. Del resto, giacché secondo la concezione spenceriana della morale i principi di

²⁸ Spencer, *The data of ethics*, §§ 104 e 105 *a. The data of ethics* (tradotto in italiano col titolo *Le basi della morale*) è una parte dei *Principles of ethics* (1892-1893).

²⁹ Spencer, *Justice*, § 27. Anche quest'opera fa parte dei *Principles of ethics*.

³⁰ Ivi, Appendice A.

³¹ V. vol. II, pp. 394-395.

questa sono sì prodotto dell'esperienza della specie, ma nell'individuo sono presenti *a priori*, e dato che così è anche per l'idea di giustizia³², la differenza fra la formulazione « metafisica » del Kant e quella « scientifica » dello Spencer della norma della giustizia finisce col dissolversi.

Con questa teoria lo Spencer non si attiene forse rigorosamente ai principi del positivismo puro, e può apparire anche non del tutto coerente con la sua dottrina dell'evoluzionismo naturalistico, giacché lascia spazio ad una concezione, tanto della morale quanto del diritto, quale sistema di valori e non quale sistema di soli fatti; d'altra parte però egli non incorre nelle astrazioni o nelle fantasie del giusnaturalismo assoluto, che prescinde dall'esperienza e dalla storia. Si apre così la via a dottrine del diritto che non si limiteranno (come faranno invece quelle dei seguaci del « positivismo giuridico ») alla sistemazione logica dei dati normativi positivi, ma che sulla base dell'osservazione della società — il che significa poi della storia — riallargheranno il campo della filosofia del diritto al problema degli ideali giuridici: i quali per molti anni non si chiameranno più con lo screditato nome di « diritto naturale », ma ugualmente costituiranno quel diritto « che dovrebbe essere » a cui l'uomo non può fare a meno di commisurare il diritto « che è » (e che è per il solo fatto che al sovrano è piaciuto che *sia*).

Lo Spencer è estremamente esplicito nell'affermare il ricollegamento del diritto positivo a una norma superiore ad esso; tutti, egli dice, concordano nel riconoscere la subordinazione dell'autorità dello Stato a « un'autorità suprema che perciò non deriva dal diritto umano ma gli è superiore, autorità tacitamente derivata, se non dalla volontà divina, per lo meno dalla natura stessa delle cose »³³ (ed è evocato così quel concetto di « natura delle cose » che è stato ed è tuttora la porta lasciata aperta al giusnaturali-

³² Spencer, *Justice*, § 33.

³³ Ivi, § 32.

smo in molte teorie empiristiche del diritto). Non senza una punta polemica, lo Spencer osserva quindi che lo stesso Austin, « innamorato della teoria del potere legislativo illimitato elaborata dal suo spirito incline al dispotismo, è stato obbligato ad ammettere che la giustificazione ultima dell'assolutismo dello Stato che egli difende è di natura morale »³⁴.

Erede della tradizione empiristica sì, ma liberale, inglese, lo Spencer è ben lontano dalle dottrine organicistiche e antindividualistiche del positivismo sociologico di tipo comtiano. Lo Stato non è per lui che un mezzo per tutelare i diritti degli individui³⁵; male necessario, esso deve limitare il più possibile la sua sfera d'azione; la legge dell'uguale libertà comporta addirittura per il cittadino il diritto di porsi fuori dello Stato, giacché facendo ciò egli non viola la libertà degli altri³⁶.

Di questo individualismo estremo, nella cui cornice ha luogo un'enumerazione di diritti innati dedotti dalla legge dell'uguale libertà³⁷ in forma assai più giusnaturalistica che positivista, l'espressione più radicale è una delle ultime opere dello Spencer, *L'uomo contro lo Stato* (*The man versus the state*: 1884); ed una delle manifestazioni più interessanti (perché mostra come l'aspetto etico-politico del diritto incida sempre sulla concezione logica di esso, e quindi come non sia possibile scindere il piano del problema logico del diritto da quello del problema etico) è la teoria del diritto come insieme di norme puramente negative: nella società di tipo industriale, cioè in quella più evoluta, l'autorità pubblica « è regolativa soltanto negativamente ». Al membro della società industriale, diversamente da quanto avviene nella società di tipo militare, in cui al suddito-soldato vengono impartiti comandi di ogni

³⁴ Ivi.

³⁵ Ivi, §§ 112-141.

³⁶ Spencer, *Social statics, or the conditions essential to human happiness specified, and the first of them developed* (1851), XIX, 1.

³⁷ Spencer, *Justice*, §§ 36-99.

specie, « l'autorità dà soltanto uno di questi comandi: tu non farai questo »³⁸.

7. Wundt.

Il metodo positivistico è sostanzialmente seguito anche dal tedesco Guglielmo Wundt (1832-1920), benché la sua dottrina si concluda in una visione spiritualistica della realtà. Positivisticamente infatti egli intende la filosofia come sistema dei risultati generali delle varie scienze; e positivistica è la sua concezione rigorosamente monistica, per la quale spirito e natura non sono che i due diversi punti di vista sotto i quali possono essere classificate le rappresentazioni della nostra coscienza.

Anche le attività generalmente chiamate spirituali possono perciò essere oggetto di trattazione scientifica; e la parte più notevole dell'opera del Wundt consiste in effetti nella psicologia sperimentale, scienza di cui egli è stato fra i fondatori. Gran parte delle ricerche del Wundt concernono i prodotti spirituali della vita sociale, studiati nella vastissima opera *Psicologia dei popoli* (*Völkerpsychologie*: 1900-1920); e il nono volume di questa (1918) è dedicato al diritto, del cui sviluppo è tracciata una storia psicologica che ne descrive i vari stadi.

Più che per questa teoria dell'evoluzione del diritto il Wundt è da ricordare qui per la nuova prospettiva che, come già abbiamo accennato, egli apre al problema della scientificità della giurisprudenza, bloccato dal positivismo ortodosso con le argomentazioni che abbiamo incontrato presso il Kirchmann. Il Wundt parla infatti, oltre che di scienze della natura (*Naturwissenschaften*), di scienze « dello spirito » (*Geisteswissenschaften*): mentre le prime, il

³⁸ Spencer, *Principles of sociology* (1876-1885), § 569. Nella quinta parte di tale opera, in cui sono studiate sociologicamente le istituzioni politiche, spesso lo Spencer tratta del diritto, a cui è specificamente dedicato il cap. XIV.

cui oggetto è indifferente al valore, studiano le *cause* dei fenomeni, le seconde, che hanno per oggetto attività umane, si riferiscono a *fini*, in quanto appunto da fini l'uomo è determinato nella sua azione. In altre parole, le scienze dello spirito hanno per oggetto fenomeni che hanno per origine la volontà umana e che appartengono quindi alla sfera della libertà, mentre le scienze della natura hanno per oggetto fenomeni meccanicamente determinati, appartenenti alla sfera della necessità.

La differenza degli oggetti dei due tipi di scienza — di cui il Wundt tratta nella *Logica* (*Logik*: 1883) — comporta una differenza di metodo: nelle scienze della natura lo scienziato ha nei confronti dell'oggetto studiato un atteggiamento passivo, mentre chi opera nell'ambito delle scienze dello spirito non può non avere un atteggiamento attivo: egli non constata o spiega semplicemente un fenomeno, ma prende posizione rispetto ad esso.

Muovendo da una siffatta concezione della scienza, che permette di considerare tale anche lo studio di ciò che è opera dell'uomo benché ad esso non si possa applicare il metodo dello studio della natura, il Wundt si pose il problema della scienza del diritto: e la giustificò, appunto, come scienza dello spirito. Il metodo di tali scienze consiste infatti nell'analisi psicologica del soggetto del comportamento, nella comparazione fra i comportamenti di soggetti diversi, nell'interpretazione degli atteggiamenti di questi, e nella critica da cui si ricavano elementi pratici di giudizio sull'opportunità dei comportamenti studiati: e tutto ciò il giurista, secondo il Wundt, lo fa perché studia l'atteggiamento psicologico del legislatore, compara le varie norme, le interpreta definendone il significato, e le valuta infine criticamente³⁹.

Il valore scientifico della giurisprudenza, clamorosamente negato dal Kirchmann, veniva così salvato, perché

³⁹ Wundt, *Logik*, II, II, IV, 4, § 3 (nella 2ª ediz., Stoccarda, 1895, pp. 533-588).

essa, pur non usando il metodo naturalistico che i positivisti propriamente detti consideravano il solo metodo di ogni possibile scienza, rientra fra le scienze il cui metodo è, dato il loro oggetto, altrettanto legittimo. Vedremo più oltre come anche altri studiosi accoglieranno, in forme più o meno simili, la distinzione fra scienze naturali e scienze d'altro tipo e metodo; e come fra queste ultime potrà essere fatto posto anche ad una scienza del diritto. Ma ciò avverrà quando il dominio del positivismo volgerà alla fine, e si delinearà anzi una diffusa reazione ad esso.

8. *Il positivismo italiano.*

Nella filosofia giuridica italiana, improntata per lunga tradizione all'eclettismo, il positivismo penetrò dapprima in una singolare mescolanza con motivi derivati dal Vico, per il quale, inteso appunto come eclettico, e in quanto tale considerato rappresentante del genio nazionale, la filosofia italiana professava una specie di culto, anche se lo conosceva poco e male.

Il fatto che il Vico avesse, fra l'altro, abbozzato una dottrina che poteva essere avvicinata alla sociologia, permetteva di raffigurarlo come precursore di questa positivistica scienza, e di ritenere così il suo pensiero assimilabile al positivismo⁴⁰; e questo incoraggiò a fondere motivi vichiani e motivi positivistici soprattutto i cultori di filosofia del diritto, che consideravano il Vico uno dei loro per l'attenzione da lui dedicata nel *De uno* a tale materia, e che d'altra parte non si sottraevano all'impero che il positivismo esercitava sulla cultura del tempo. Di tale ten-

⁴⁰ Ancora del tutto al di fuori di influenze positivistiche, anzi seguendo un assunto giusnaturalistico, ma abbozzando uno dei metodi che sarebbero stati propri del positivismo, quello comparatistico, si era ispirato al Vico anche il siciliano Emerico Amari (1810-1870): autore di una *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), che, nella forma di una filosofia della storia del diritto, finisce con l'essere una sorta di sociologia giuridica.

denza sono rappresentanti tipici il piemontese Giuseppe Carle (1845-1917) ed il calabrese Luigi Miraglia (1846-1903), che fecero largo posto nelle loro trattazioni filosofico-giuridiche alla sociologia, tanto da poter essere annoverati in qualche modo tra i positivisti.

Il Carle, nella sua opera maggiore, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale* (1880), costruì una filosofia della storia del diritto, forzando tale storia nello schema, attinto al *De uno* vichiano, delle facoltà umane come intendere, volere e potere finiti che tendono all'infinito (schema che nella *Scienza nuova* il Vico aveva totalmente abbandonato), corrispondentemente al quale il diritto si presenterebbe come scienza, come legge, e come potestà spettante alla persona: ognuno dei quali aspetti si articolerebbe poi in tre forme diverse. In questa artificiosa cornice il Carle comprese tuttavia un ricco materiale storico, raccolto con interesse tipicamente sociologico; e con metodo storico-sociologico egli condusse del resto una ricerca sulle origini del diritto romano⁴¹, sostenendo poi l'importanza di tale metodo anche nella sua ultima opera, *La filosofia del diritto nello Stato moderno* (1903).

Il Miraglia, che al Vico aveva assimilato lo Hegel, e che da entrambi aveva tratto il principio che « il Diritto dev'essere obbietto di quella scienza, ch'è, secondo Vico, Storia e Filosofia ad un tempo »⁴², accolse nella sua *Filosofia del diritto* (1885) molto materiale etnologico; e già precedentemente aveva compiuto una ricerca giuridico-etnologica, ispirata al più puro meccanicismo naturalistico, su *La famiglia primitiva e il diritto naturale* (1876), da cui aveva ricavato la conclusione che il diritto naturale è un fatto prodotto meccanicamente dall'abitudine.

Né il Carle né il Miraglia si erano tuttavia professati positivisti. Tale si dichiarò invece il pugliese Giovanni Bovio (1841-1903), penalista, letterato e uomo politico oltre

⁴¹ *Le origini del diritto romano* (1888).

⁴² Miraglia, *Filosofia del diritto*, Napoli, 1885, p. 18.

che filosofo; ma in realtà positivista lo fu assai poco, come comportava il suo temperamento, assai più fantastico che scientifico. A parte il rifiuto della metafisica (da lui chiamata *Udenologia*, cioè scienza del nulla), del positivismo il Bovio accoglie la tesi evoluzionistica; ma, da uomo di sinistra quale egli era, giudica il positivismo una filosofia borghese, e vorrebbe che esso trapassasse a « naturalismo », cioè, nel suo linguaggio, ad una determinazione matematica del processo dell'evoluzione che eliminasse ogni elemento valutativo. *Positivismo e naturalismo* è intitolata infatti una sua prolusione del 1899 ad un corso di filosofia del diritto⁴³: materia che egli coltivò peraltro con l'occhio più alla politica che al diritto, mescolando ai motivi naturalistici ideali etici di ispirazione mazziniana.

Il primo ad applicare rigorosamente il metodo positivista alla filosofia del diritto fu il napoletano Raffaele Schiattarella (1839-1902), che la ridusse all'indagine sulle origini e l'evoluzione del fenomeno giuridico, attenendosi ad una concezione rigidamente deterministica dell'attività umana⁴⁴; ma una vera e propria filosofia del diritto positivista si ha soltanto nel quadro della massima espressione del positivismo italiano, la filosofia del lombardo Roberto Ardigò (1828-1920), che dei problemi della società e del diritto trattò ampiamente in due delle sue opere, *La morale dei positivisti* (1878-1879) e *Sociologia* (1886).

Alla sua sociologia (ed alla sua etica, che è un'etica sociologica) l'Ardigò dà anzi, almeno quanto alla terminologia, l'aspetto di una filosofia giuridica, chiamando *giustizia* la « forza specifica » dell'organismo sociale (così come « l'affinità » è la forza specifica delle sostanze chimiche, la *vita* delle organiche, la *psiche* degli animali »⁴⁵, ed asseren-

⁴³ Tale prolusione figura come *Introduzione* nella terza ediz. della *Filosofia del diritto* del Bovio (1892).

⁴⁴ Dello Schiattarella v. *I presupposti del diritto scientifico e questioni affini di filosofia contemporanea* (1885).

⁴⁵ Ardigò, *Sociologia*, II, IV, 1 (in *Opere filosofiche*, IV, Padova, 1908³, p. 97).

do che « la teoria della formazione naturale della vita sociale è anche nello stesso tempo la teoria della formazione naturale della Giustizia »⁴⁶.

« Formazione naturale », nel linguaggio dell'Ardigò, è il processo di evoluzione dall'« indistinto » al « distinto » che secondo lui ha luogo in tutta la realtà, sia questa fisica, sociale o psichica. Ora poiché, egli dice, « la convivenza sociale umana è un fatto, ed è un fatto naturale » (ossia non effetto di un comando divino o di una convenzione arbitraria), « si avverano in esso le leggi della *formazione naturale* »⁴⁷, cioè appunto l'evoluzione dall'indistinto al distinto: e si genera così la giustizia, la quale è un « distinto » formantesi a poco a poco, nella società, dall'« indistinto » della prepotenza⁴⁸.

Riferita alla società, la giustizia è l'esercizio del potere sugli individui che al potere sono sottoposti; ossia è la legge, il diritto oggettivo. Riferita all'individuo, essa è la forma che, per agire sulla volontà dell'uomo, viene assunta dalle « idealità sociali », cioè dalle forze che determinano l'attività umana e che per mezzo di essa trasformano la società: presentandosi come *dovere* in quanto esercita un'efficacia sulla volontà dell'individuo, e come *diritto* (soggettivo) in quanto autorizza l'azione di questa volontà⁴⁹.

L'Ardigò non esita a chiamare tale facoltà data dalla natura all'uomo « diritto naturale »⁵⁰: espressione — ma anche concetto — che mise non poco in imbarazzo i giuristi italiani, i quali tenevano ad essere positivisti, ed erano convinti di dovere, in quanto tali, rifuggire dal concetto « metafisico » di diritto naturale.

In realtà l'Ardigò, filosofo e sociologo ma non giurista,

⁴⁶ Ivi, pp. 96-97.

⁴⁷ Ardigò, *La morale dei positivisti*, I, III, II, 4 (in *Opere filosofiche*, Padova, 1901³, p. 144).

⁴⁸ Ardigò, *Sociologia*, II, II (pp. 74-90).

⁴⁹ Ivi, I, VII, 1, e I, VIII, 1-2 (pp. 56 e 66); cfr. *La morale dei positivisti*, I, II, IV, 16 (p. 132).

⁵⁰ Ivi, I, VIII, 3 (p. 67); *La morale dei positivisti*, I, III, I, 1 (p. 135).

non parlava del diritto nei termini della scienza giuridica del suo tempo, che era « positivistica » nel senso, di cui diremo nel prossimo capitolo, di *formalistica*; e non temeva affatto di far concessioni alla metafisica nel constatare sociologicamente — cioè positivisticamente — che vi è un diritto diverso da quello formalmente vigente. Su questo terreno egli infatti si spingeva ben oltre; e giungeva ad affermare che il diritto naturale è il solo che si possa chiamare propriamente diritto⁵¹, che esso esiste quando nasce nella coscienza, che l'autorità non lo crea ma lo riconosce⁵², che « è imprescrivibile, ed ha un valore trascendente assoluto, corrispondendo al valore trascendente assoluto della natura onde è il prodotto »⁵³. Non solo: è definita « processo del Bene » l'eterna lotta fra il diritto positivo e il diritto naturale, lotta che deve esservi sempre, perché « il diritto positivo di un dato momento è sempre in arretrato verso le Idealità sociali più progredite, già albeggianti nelle coscienze sociali »⁵⁴; ed è chiamato « naturale » il diritto che il subordinato ha nei confronti del Potere⁵⁵.

E per verità, su questo punto l'Ardigò è fedele, non meno di quanto lo sia allo stesso proposito lo Spencer, al proprio assunto positivistico; nessuna concezione egli fa alla metafisica, all'idea di valori assoluti. Il diritto naturale è un *fatto naturale* della società altrettanto quanto il diritto positivo⁵⁶: sono *positivi* l'uno e l'altro, perché entrambi fenomeni osservabili empiricamente. Ed in effetti, poichè quelle che l'Ardigò chiama « idealità sociali », ossia le esigenze e le aspirazioni della società, alle quali il diritto naturale si riferisce, sono indubbiamente realtà storiche (anche se non « naturali » nel senso deterministico che l'Ardigò dava a questa parola) è anzi assai più « positivistico » constatare e studiare questo fenomeno che non il

⁵¹ Ardigò, *La morale dei positivisti*, I, III, I, 1 (p. 136).

⁵² Ardigò, *Sociologia*, I, VI, 6 (pp. 165-166).

⁵³ Ivi, III, VI, 3 (p. 163).

⁵⁴ Ivi, III, VI, 5 (pp. 164-165).

⁵⁵ Ivi, I, VIII, 3 (p. 67).

⁵⁶ Ivi, III, VII, 2 (p. 166); cfr. I, VIII, 4 (pp. 67-68).

costruire sistemi teorici sui dogmi del diritto positivo come facevano — lo vedremo fra poco — quei giuristi dell'epoca che ritenevano sé stessi « positivisti » e che inorridivano al solo sentire accennare a un diritto che non fosse quello valido formalmente.

Ma il diritto — il quale si riferisce alla volontà dell'uomo, e costituisce quindi, in un modo o nell'altro, un valore — era fra gli oggetti di indagine filosofica a proposito dei quali il positivismo veniva a trovarsi nel maggiore pericolo di contraddirsi. In Italia, verso la fine dell'Ottocento, la crisi del positivismo, che sopravverrà di lì a poco, è preannunciata proprio dalla filosofia del diritto; ed essa comincia a profilarsi nell'opera dell'umbrino Icilio Vanni (1855-1903), autore di molti scritti dedicati a problemi metodologici, che tenne a professarsi positivista e il cui maggiore interesse sarebbe effettivamente stato per la sociologia, ma che proprio dalla sociologia vide la necessità di salvare la filosofia del diritto, che il positivismo risolveva in essa. Per far ciò il Vanni fece appello al criticismo, pensando di poterlo affiancare al positivismo; e chiamò infatti la propria dottrina « positivismo critico », convinto, come scriveva nel 1902, che « dal fecondo connubio del positivismo colla critica emergerà una filosofia scientifica veramente degna di questo nome »⁵⁷.

Oltre che per questa espressione di insoddisfazione per il nudo positivismo, il Vanni è da ricordare perché, nello sforzo di determinare una sfera di autonomia della filosofia del diritto, che la salvasse dall'essere fagocitata dalla sociologia, egli enunciò una teoria destinata ad avere molta fortuna: quella secondo cui la filosofia del diritto avrebbe come compiti tre ricerche, delle quali una soltanto di carattere sociologico. Sulla premessa che i problemi della filosofia sono quello del sapere, quello dell'essere e quello dell'operare, il Vanni affermò che, appunto in quanto filo-

⁵⁷ Vanni, *La teoria della conoscenza come induzione sociologica e l'esigenza critica del positivismo*, ora in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, II, Bologna, 1911, p. 362.

sofia, la filosofia del diritto consta della ricerca intesa a determinare i concetti usati dalla scienza giuridica (ricerca critica), della ricerca di ciò che il diritto è nella sua evoluzione (ricerca sintetica o fenomenologica), e della ricerca di ciò che il diritto dovrebbe essere idealmente (ricerca deontologica)⁵⁸. A quest'ultima il Vanni ricollegava poi la « funzione pratica » della filosofia del diritto, quella cioè di determinare i fini dell'azione umana nella società (non senza significati politici)⁵⁹.

E' evidente che una siffatta tesi usciva dai confini del positivismo — per il quale la sola ricerca legittima sarebbe stata quella « fenomenologica », cioè sociologica — e che, molto concedendo al criticismo, si accostava al campo proibito della metafisica. Ciò spiega la violenta reazione del positivismo ortodosso, che aveva del resto buon gioco nell'accusare il Vanni di eclettismo. Fu ciò che fece soprattutto il siciliano Salvatore Fragapane (1868-1909), il più rigoroso osservante dei dogmi del positivismo fra i filosofi del diritto ed i giuristi del tempo⁶⁰, il pensiero del quale è bene espresso dal titolo di un suo volume, *Disegno d'una pura fenomenologia del diritto come filosofia* (1902)⁶¹. Il fenomeno, asseriva il Fragapane, « è il primo titolo all'esistenza di ogni disciplina »⁶²; e perciò sono illegittime tanto la ricerca critica quanto quella deontologica, e unico possibile compito della filosofia del diritto è quello di studiare il diritto come fenomeno, ossia di risolversi nella sociolo-

⁵⁸ Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*, pp. 14-19 della 4ª ediz., Bologna, 1920.

⁵⁹ Vanni, *La funzione pratica della filosofia del diritto considerata in sé ed in rapporto al socialismo contemporaneo*, ora in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, II cit., pp. 201-249.

⁶⁰ Tra i filosofi del diritto strettamente positivisti ricordiamo Alessandro Groppali (1875-1959); fra i giuristi il civilista Biagio Brugi (1855-1935) e il romanista Pietro Bonfante (1864-1932).

⁶¹ È questo il terzo volume (incompiuto) di un'opera più vasta del Fragapane, *Obbietto e limiti della filosofia del diritto* (1897-1902).

⁶² Fragapane, *I criteri d'una limitazione positiva della filosofia del diritto*, Roma, 1897, p. 13. Tale volume è il primo dell'opera ricordata nella nota precedente.

gia, « scienza generale di tutti i fenomeni sociali »⁶³, fra i quali il diritto non ha alcun posto privilegiato⁶⁴.

E in realtà questa sembrerebbe dover essere la posizione, riguardo al problema del diritto, di un positivismo rigorosamente coerente. Ma, anche nell'ambito del positivismo — e ce lo attesta l'esempio di due fra i positivisti maggiori, lo Spencer e l'Ardigò — proprio in conseguenza di quell'osservazione dei fenomeni che è il principio della sociologia si affacciava il problema delle « idealità sociali », o del diritto « latente » o « in formazione »: perché anche questo costituiva un fenomeno osservabile, che d'altra parte avviava pericolosamente verso la strada del giusnaturalismo. Ed infatti la coscienza di questo problema appare frequentemente presso i filosofi del diritto positivisti italiani della fine dell'Ottocento⁶⁵.

I principi del positivismo ebbero infine larga applicazione in Italia nel campo della scienza giuridica penalistica, ispirando quella che fu detta « Scuola positiva » del diritto penale. Per essa, il cui indirizzo si delinea già con il Bovio, e che ha per maggiori rappresentanti Cesare Lombroso (1835-1909) ed Enrico Ferri (1856-1929), il delinquente è tale per effetto di cause esterne, di natura antropologica, psichica o sociologica. In particolare il Ferri, escludendo la libertà della volontà, parla, anziché della responsabilità morale del reo, di responsabilità sociale o naturale; sicché la sanzione deve essere intesa non come punizione per una colpa volontaria, ma come reazione fisica della società ad un'azione che ne ha turbato l'ordine, così come la malattia è reazione dell'organismo alla condotta di chi ne ha turbato l'equilibrio⁶⁶.

⁶³ Ivi, p. 141.

⁶⁴ Ivi, p. 145.

⁶⁵ Così presso Giovanni Marchesini (*La filosofia del diritto e la funzione etico-sociale del fenomeno giuridico*: 1897), o Giuseppe D'Aguanno (*Dell'influenza del pensiero filosofico sulla legislazione e sulla vita sociale*: 1900).

⁶⁶ Ferri, *Sociologia criminale*, p. 563 ss. della 4ª ediz., Torino, 1900. La prima edizione (1881) aveva per titolo *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*.

Il positivismo giuridico formalistico

1. *Positivismo filosofico e positivismo giuridico.*

La mentalità positivistica si diffuse rapidamente nella cultura europea, che essa dominò a lungo: appunto come *mentalità*, come atteggiamento generico, più che come precisa dottrina; e il termine *positivismo* fu adottato da ogni teoria che non fosse, o intendesse non essere, metafisica. Ebbe così straordinaria fortuna l'espressione *positivismo giuridico*, con la quale, a parole, fu ricollegato al positivismo filosofico (che, come abbiamo visto, nutriva scarso interesse per il diritto, e lo risolveva, in quanto uno dei tanti fenomeni sociali, nella sociologia) un indirizzo teorico giuridico che della sociologia, e quindi della visione positivistica del diritto, è addirittura agli antipodi.

In realtà, come sappiamo, i giuristi positivisti, ad esempio il Maine od il Post, si servivano del metodo comparativo, astraendo concetti generali dai dati forniti loro dall'osservazione storica od etnografica di istituti giuridici di diversi tempi e di diversi paesi; e restavano così effettivamente nell'ambito della sociologia e del vero e proprio positivismo. Altri però, che usarono ugualmente un metodo astrante e generalizzante, lo applicarono ai dati attinti ad ordinamenti giuridici « positivi » sì, ma in senso formale: ordinamenti cioè costituiti da norme « positive » nel senso — tradizionale nel linguaggio giuridico — di valide *formalmente*, indipendentemente dal *fatto* (che sarebbe il dato veramente *positivo*) della loro effettiva osservanza da parte dei membri della società.

È chiaro che si tratta di due procedimenti del tutto diversi, anche se entrambi operano su elementi a cui può

spettare la qualifica di « positivo »: perché altra è la positività di un effettivo, concreto comportamento umano, e altra è la positività costituita dall'esistenza formale di una norma. Certo in tutti e due i casi si prescinde da valori, ossia non si considera il diritto sotto l'aspetto etico, assiologico, e quindi ci si contrappone al giusnaturalismo; ma non per questo le due posizioni si identificano, anzi per alcuni aspetti sono molto lontane o addirittura opposte fra loro: legato al dato storico, anche se su esso agisce astraendo e generalizzando, il positivismo filosofico; prescindente dalla storia, e portato anzi dal suo formalismo ad assumere carattere antistorico, il positivismo giuridico.

L'espressione « positivismo giuridico » ebbe, dicevamo, grande fortuna. Ma il solo fatto che essa sia stata presa ad indicare prevalentemente, anche se non del tutto esclusivamente, le teoria che riconosce carattere di diritto soltanto alle norme poste da un'autorità sovrana (e in questo significato l'abbiamo sempre usata qui anche noi, fin da quando rilevammo le prime manifestazioni di tale teoria nell'antica Grecia), rivela che la « positività » a cui il positivismo giuridico si riferiva era quella formale delle norme, il loro essere state poste da un ente a cui si attribuiva il potere esclusivo di creare diritto: quella loro qualità insomma per cui già fin dal medioevo il diritto formalmente vigente veniva detto *positivum*, perché appunto posto, *positum*, da un'autorità¹. Era la stessa positività a cui si erano riferiti il Nettelbladt parlando di *jurisprudentia positiva*², Anselmo Feuerbach trattando di una *positive Rechtswissenschaft*³, lo Hugo dando alla sua opera quel titolo *Filosofia del diritto positivo* che sarebbe stato poi ripreso dall'Austin⁴ e il Rosmini dicendo il legalismo « positivismo sociale »⁵.

¹ L'espressione *ius positivum* si trova per la prima volta in Abelardo e in scritti anonimi della sua epoca (v. vol. I, pp. 246 e 247 nota 8).

² V. sopra, p. 60, nota 8.

³ V. sopra, p. 79, nota 19.

⁴ V. sopra, p. 57. In *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntniss der letzten vierzig Jahre*, II Berlino, 1829, pp. 640-641, lo Hugo dice che il suo metodo è stato chiamato « *raisonnierender Positivismus* ».

⁵ V. sopra, p. 138, nota 76.

La convinzione della maggior parte dei giuristi del secondo Ottocento di essere positivisti (anche se l'espressione « positivismo giuridico » appare soltanto verso la fine del secolo) non era però dovuta soltanto all'equivoco determinato dalla locuzione « diritto positivo ». A parte il fatto che riferirsi al solo diritto positivo significava rifiutare il diritto naturale, e quindi si poneva come ripudio dell'aberrata metafisica, anzi della filosofia, l'operare sulle norme positive rendeva, o pareva rendere, possibile la costruzione, a dispetto di chiunque pensasse come il Kirchmann, di una *scienza* del diritto; e la costruzione di una scienza del diritto, che era sempre stata, come sappiamo, il sogno dei giuristi, lo era più che mai ora, nel tempo in cui la Scienza appariva celebrare il suo definitivo trionfo sulla religione, sulla filosofia, e su consimili forme superate di conoscenza.

Assai meglio della sociologia del diritto, che come scienza restava alquanto approssimativa, una teoria formale delle norme e degli istituti giuridici poteva costituirsi in sistema razionale analogo a quelli delle scienze della natura, nei riguardi dei cui cultori i giuristi soffrivano — e soffrono — di una specie di complesso d'inferiorità; e il limitare questo sistema al diritto positivo, oltre a permettere di valersi del fortunato nome di questo, semplificava di molto il problema, rendendo logicamente omogeneo l'oggetto della scienza da costruire, anche se questa semplificazione, proprio a causa della complessità del fenomeno « diritto », poteva essere giudicata arbitraria.

2. *Il formalismo giuridico.*

In realtà quello che viene chiamato « positivismo giuridico » è formalismo; e il formalismo giuridico non aveva atteso il positivismo per essere praticato, ed anzi aveva radici tutt'altro che positivistiche, bensì giusnaturalistiche e kantiane. Esso risaliva, quando non addirittura al wolffismo, alla « scuola filosofica » tedesca, il cui metodo, come

vedemmo, si era poi a poco a poco insinuato anche nell'opera degli esponenti della sua avversaria, la « scuola storica », quando questa aveva dato luogo alla pandettistica ⁶.

Già allora, all'origine di questo tipo di procedimento teorico v'era stata l'aspirazione a fare della conoscenza del diritto un *sistema* ponendo in una connessione logica il più possibile rigorosa gli elementi di esso: aspirazione che abbiamo veduto anch'essa manifestata più volte, massimamente presso i giusnaturalisti del Seicento, ma già fin dai tempi della giurisprudenza « culta », mediante l'operare su concetti giuridici *general*i. Sembrerebbe anzi che ciò fosse stato tentato perfino da un giurista romano del I secolo, Quinto Mucio Scevola, che per primo diede forma (*constituit*) al diritto civile, raccogliendolo *generatim*, ossia appunto secondo concetti generali, in diciotto libri ⁷.

Del resto, l'aspirazione dei giuristi del secondo Ottocento a fare della giurisprudenza una scienza — scopo che essi pensavano di raggiungere mediante appunto il metodo formalistico — risaliva anch'essa molto addietro nel tempo; nutrita, come a suo luogo vedemmo, dalla scuola culta, dal Domat, dal Leibniz, essa aveva animato il lavoro dei giusnaturalisti sei-settecenteschi, che ai fini etico-politici avevano affiancato quello della sistemazione logica del diritto in forme che volevano essere analoghe alla forma della scienza della natura ⁸.

Certo, i primi a ideare quella che, come fra poco vedremo, gli assertori del positivismo giuridico chiamarono « teoria generale del diritto » (e che essi avrebbero voluto, positivisticamente, sostituire in quanto *scienza* alla *filosofia* giuridica) furono i due giusnaturalisti wolffiani Nettelbladt e Pütter, dei quali si è già fatto cenno ⁹, che non solo abbandonarono il cosiddetto « ordine legale », ossia il commento in forma esegetica alle Pandette secondo l'or-

⁶ V. sopra, p. 69 ss.

⁷ *Dig.*, 1, 2, 2, 41.

⁸ V. vol. II, pp. 115-116.

⁹ V. sopra, p. 60.

dine di queste, ma sostennero la necessità di premettere allo studio del diritto positivo una « parte generale (*allgemeiner Theil*) », rivolta a porne in ordine logico i concetti e le proposizioni appunto generali. Essi elaborarono così concetti come quelli di soggetto di diritto, diritto soggettivo, atto giuridico ecc. per via razionalistica, deduttiva, assai prima che l'Austin (rimasto del resto ignoto fuori dell'Inghilterra fin verso la fine dell'Ottocento) facesse altrettanto per via empirica.

Questo lavoro fu continuato poi dai giuristi di ispirazione kantiana, Anselmo Feuerbach, il Thibaut, lo Heise, lo Zachariae¹⁰, sempre per via razionalistica, nello sforzo di sistemare il diritto positivo in una costruzione logica; e ad essi seguirono i pandettisti, il Savigny¹¹ e soprattutto il Puchta¹², dimentichi dei loro principi storicistici e antiastrattistici. Anzi, la più perfezionata costruzione logico-sistemica del diritto positivo — che era sempre, in Germania, il diritto romano comune — fu opera del pandettista Bernardo Windscheid (1817-1892) nel *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1862-1870): il cui sistema sembra sottintendere, inavvertita, l'antica convinzione che il diritto positivo romano-comune fosse *ratio scripta*, razionalità positivizzata.

Ma ad una teoria formale del diritto si poteva giungere, come per proprio conto vi era giunto l'Austin, per la via empiristica dell'astrazione compiuta comparando dati affini. Questa era una via che poteva apparire positivistica, giacché il metodo induttivo-comparativo era il metodo dei positivisti; e nel diffuso entusiasmo per il positivismo (e più ancora nella generale avversione per la « filosofia », identificata con la metafisica e quindi con una forma di

¹⁰ V. sopra, p. 77 ss. Come già accennammo, l'ordine secondo il quale la materia fu disposta dallo Heise divenne tradizionale, e, seguito da tutta la civilistica tedesca e poi di altri paesi, fu adottato anche dal codice civile tedesco del 1900.

¹¹ V. sopra, pp. 70-71.

¹² V. sopra, pp. 71-72.

conoscenza mitologica e mistificante), anche questo procedimento « scientifico » fu ritenuto positivistico. Esso tuttavia non era che formalistico, e non differiva nella sua sostanza da quello del Nettelbladt, del Pütter, dei kantiani e dei pandettisti: tanto è vero che esso conflui con la massima naturalezza nell'indirizzo avviato da questi ultimi.

3. La dogmatica e la giurisprudenza dei concetti.

Ebbe così grande sviluppo quella che i giuristi chiamano « dogmatica », cioè l'elaborazione di concetti giuridici generali compiuta sulla base di norme esistenti perché esistenti, ossia come « dogmi »; e fiorì quella che fu detta — per verità soprattutto dai suoi avversari ¹³ — « giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*) », la quale esercitò un dominio schiacciante nella scienza giuridica tedesca e di altri paesi, in primo luogo dell'Italia, influenzando decisamente sull'impostazione del *B.G.B.* (*Bürgerliches Gesetzbuch*, il codice civile tedesco promulgato nel 1900).

All'affermazione della giurisprudenza dei concetti cooperarono il già ricordato Windscheid, Carlo Federico von Gerber (1823-1891) ¹⁴, e Rodolfo von Jhering (1818-1892), del quale si dirà più oltre ¹⁵ e che successivamente prese posizione contro l'astrattismo della giurisprudenza concettuale ¹⁶. Il metodo di essa fu esteso anche al diritto pub-

¹³ A coniare l'espressione *Begriffsjurisprudenz* fu lo Heck, il maggiore rappresentante dell'opposta *Interessenjurisprudenz*, di cui si dirà nel capitolo seguente.

¹⁴ Il Gerber estese il metodo della pandettistica dal diritto romano al diritto privato tedesco, dando anche a quest'ultimo sistematicità nelle forme della dogmatica. La sua dottrina metodologica è formulata soprattutto nelle introduzioni alle edizioni 1851-1855 del *System des deutschen Privatrechts* (la cui prima ediz. è del 1848).

¹⁵ V. sotto, pp. 232-237.

¹⁶ Il Gerber e il Jhering fondarono insieme nel 1857 i « *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* » (chiamati più tardi « *Jherings Jahrbücher* »), il cui articolo introduttivo, opera del Jhering, *Unsere Aufgabe* (*Il nostro compito*) enuncia il programma della sistematica civilistica.

blico, per opera del Gerber stesso¹⁷ e di Paolo Laband (1838-1918)¹⁸.

Ai nomi di questi giuristi, che della giurisprudenza dei concetti sono stati gli iniziatori, andrebbero aggiunti quelli di molti altri, che, pur se in varia maniera, si inseriscono in essa. Tra i pubblicisti Giorgio Jellinek (1851-1911), autore di una celebre opera sui diritti pubblici soggettivi¹⁹, elemento essenziale dello Stato di diritto, e Otto Mayer (1846-1924), che fu del pari fra i maggiori teorici di questo tipo di Stato²⁰, la cui dottrina si svolse per tutto il corso dell'Ottocento sviluppando sul terreno del diritto positivo la concezione dello Stato del Kant e dello Humboldt²¹. Tra i civilisti, si possono ricordare Adolfo Merkel (1836-1896), Augusto Thon (1839-1912), Ernesto Rodolfo Bierling (1841-1919), Carlo Bergbohm (1849-1927), Ernesto Zitelmann (1852-1923), dei quali tutti dovremo riparlare fra poco per vari motivi, ed altri, come Carlo Binding (1841-1920), anche se, certo, non tutti possono essere compresi in un medesimo preciso indirizzo.

L'opera di questi studiosi portò indubbiamente ad un grande raffinamento degli strumenti della scienza giuridica, con l'elaborazione di concetti (il più celebrato fu quello di « negozio giuridico ») che restarono fondamentali nello studio del diritto, e con la determinazione di quelli che furono — e sono praticamente ancora, pur se cresce ogni giorno il numero di chi ne dubita — considerati i « caratteri differenziali » del diritto.

¹⁷ In *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865).

¹⁸ Del Laband v. *Das Staatsrecht des deutschen Reichs* (1883).

¹⁹ *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892).

²⁰ Del Mayer v. *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895-1896).

²¹ I teorici dello Stato di diritto furono nell'Ottocento numerosissimi, da R. von Mohl, che per primo usò l'espressione *Rechtsstaat* in un'opera del 1832-1834, a O. von Bähr, L. von Stein, R. Gneist, fino al Jhering, al Jellinek e al Gierke, e, tra Ottocento e Novecento, ad autori francesi, italiani e di altri paesi. Coerentemente con le premesse giuspositivistiche, lo Stato di diritto è inteso non più, kantianamente, come Stato limitato dalla ragione ma come Stato limitato dal diritto positivo, cioè autolimitantesi.

È da osservare tuttavia che, soprattutto riguardo a tale argomento, i giuristi formalisti hanno in comune il metodo (e forse più ancora la mentalità), ma non sempre giungono alle stesse conclusioni. La maggior parte considera, ad esempio, essenziale al concetto di diritto il carattere dell'imperatività, cioè il consistere in comandi; ma lo Zitelmann ritiene invece che la norma giuridica sia costituita da un giudizio logico, e precisamente da un giudizio ipotetico generale indicante che se si verificherà una determinata situazione di fatto avrà luogo una determinata conseguenza, cioè la sanzione: tanto che egli riduce ad un unico concetto la legge giuridica e la legge fisica ²².

Così pure, la maggioranza dei formalisti considera essenziale alla giuridicità la statualità: sia per la pregiudiziale antigiusnaturalistica, sia perché la riduzione del diritto al comando dello Stato semplifica molti problemi, sia perché si presumeva che lo Stato rappresentasse l'intera comunità e fosse quindi il legittimo interprete della coscienza comune. Si negava perciò (a costo di impigliarsi nelle difficoltà, a proposito della consuetudine o del diritto internazionale, in cui si era già dibattuto l'Austin) che una norma non posta dallo Stato fosse giuridica: perfino il Windscheid, il quale, pandettista, proveniva da quella scuola storica che era nata combattendo la codificazione e aveva sostenuto che il diritto autentico è quello consuetudinario, concluse che anche di quest'ultimo l'elemento determinante è la volontà dello Stato ²³. Eppure il Thon, benché deciso imperativista, accetta l'idea che qualunque gruppo sociale organico possa produrre diritto ²⁴; e così anche il Bierling, che svolge una teoria, detta del « ricono-

²² Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Lipsia, 1879, p. 203 ss.

²³ Windscheid, *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft* (1878), ora in *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Lipsia, 1904, di cui v. pp. 68-69. Si osservi peraltro che come « fonte ultima di ogni diritto positivo », legislativo o consuetudinario che esso sia, il Windscheid pone « la ragione dei popoli » (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 15).

²⁴ Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pp. X-XI.

scimento » (*Anerkennung*), richiamante motivi contrattualistici, secondo la quale il diritto è « ciò che gli uomini che vivono insieme in una qualsiasi comunità riconoscono reciprocamente come norma e regola di questa vita comune »²⁵.

Come si vede, benché essa interessi la storia della scienza giuridica assai più che quella della filosofia del diritto, la giurisprudenza dei concetti offre anche a questa argomenti degni di nota. Ma alla storia della filosofia del diritto interessa soprattutto il fenomeno nel suo complesso, cioè l'affermazione del metodo formalistico e della dogmatica: perché ciò portò a concepire il diritto come un'entità definita concettualmente, da comprendere e da spiegare entro sé stessa ricercando il fondamento delle norme, dei rapporti e degli istituti giuridici in formulazioni concettuali costituenti un organismo logico autonomo e autosufficiente. Da ciò una delle tesi più caratteristiche del positivismo giuridico, che già riscontrammo in quell'altra manifestazione di esso che fu la scuola dell'esegesi: la completezza dell'ordinamento giuridico, cioè l'impossibilità in esso di lacune, giacché l'ordinamento giuridico si autointegra mediante un processo logico che si compie totalmente nel suo interno, senza « eterointegrazioni » quali il ricorso al diritto naturale od a consimili principi, come usano dire i giuspositivisti, « metagiuridici ».

4. La « teoria generale del diritto ».

Il concettualismo e il formalismo della dogmatica trovano la loro espressione più elaborata e più ambiziosa in quella che fu detta in Germania *allgemeine Rechtslehre*, cioè dottrina, o teoria, generale del diritto: determinazione e sistematizzazione dei « concetti giuridici fondamentali (*juristische Grundbegriffe*) » ricavati mediante l'analisi dei principi generali delle varie branche dell'ordinamento giuridico positivo.

²⁵ Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, I, Friburgo-Lipsia, 1894, p. 19.

Appunto l'essere costruita per mezzo dell'osservazione dei vari rami dell'ordinamento giuridico — operando in sostanza una sintesi delle diverse scienze giuridiche — è ciò che distingue l'*allgemeine Rechtslehre* dei giuristi tedeschi, e in particolare del Merkel che ne fu il fondatore, dalla *analytical jurisprudence* dell'Austin, il quale era invece giunto a concetti generali mediante l'osservazione e la comparazione di norme, principi e istituti comuni a più ordinamenti giuridici ²⁶. Il metodo dell'Austin era in effetti vicino, più che a quello del Merkel, al metodo della comparatistica giuridica (la quale tuttavia prendeva in considerazione anche il contenuto storico delle norme e degli istituti, e poteva perciò essere « contaminata » da elementi non formali), che fu seguito in Germania dai pubblicisti nella costruzione della « dottrina (o teoria) generale dello Stato (*allgemeine Staatslehre*) », come quella, per fare l'esempio più noto, del Jellinek ²⁷.

Tuttavia, *analytical jurisprudence* e *allgemeine Rechtslehre* avevano in comune, al di là delle differenze di metodo, due caratteri fondamentali: quello di essere sistemi di concetti *generali* e *formali*, e quello di riferirsi ad ordinamenti *positivi*. Ciò fece sì che, quando l'opera dell'Austin cominciò ad essere conosciuta dai giuristi continentali, il suo influsso venne praticamente a coincidere con quello della teoria generale tedesca: incoraggiando i giuristi a perseverare nell'edificazione di teorie generali e nella pretesa di sostituire queste alla filosofia del diritto.

In effetti, l'*allgemeine Rechtslehre*, che, come abbiamo detto, era un ulteriore sviluppo e perfezionamento della dogmatica, e che come tale era *scienza* del diritto e non filosofia, nel clima del positivismo che voleva appunto sostituita alla filosofia la scienza si pose come la vera, la sola conoscenza filosofica del diritto. Si trattava di una conoscenza filosofica « positiva » (anche se il formalismo

²⁶ V. sopra, p. 43.

²⁷ Autore appunto di una *Allgemeine Staatslehre* (1900).

giuridico, come si è visto, è assai più vicino al giusnaturalismo che al positivismo) e quindi legittima, mentre illegittima era la metafisica, che nel campo giuridico si scorgeva in ogni dottrina che non fosse riferita alle norme « positive » e che veniva bollata perciò con la qualifica di « giusnaturalistica »: parola che nel linguaggio dei giuristi assunse un significato di condanna e di disprezzo.

Già l'Austin, lo abbiamo visto, aveva chiamato la sua *jurisprudence* analitica « filosofia del diritto positivo »; ma, senza sapere di lui, e con assai maggiore determinazione, fu il tedesco Adolfo Merkel a proclamare la fine della filosofia del diritto e la sostituzione di essa con la teoria generale: in un articolo del 1874 intitolato *Sul rapporto tra filosofia del diritto e scienza positiva del diritto*²⁸, che può considerarsi il manifesto del positivismo giuridico. Col medesimo intento egli scrisse poi una *Enciclopedia giuridica* (*Juristische Enzyklopädie*: 1885) ed *Elementi di teoria generale del diritto* (*Elemente der allgemeinen Rechtslehre*: 1889).

Con energia ancor maggiore fu sostenuto che non c'è filosofia del diritto se non del diritto positivo, e che perciò filosofia del diritto e teoria generale di esso coincidono, da Carlo Bergbohm, anch'egli tedesco, che del giusnaturalismo fu il più deciso avversario²⁹; e, dichiarata o no, la convinzione di compiere il solo possibile studio filosofico del diritto è comune a tutti gli scrittori di teoria generale del secondo Ottocento, e non di rado anche del Novecento.

²⁸ *Ueber das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur « positiven » Rechtswissenschaft*, ora compreso in *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, I (nel vol. II sono gli *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*).

²⁹ In *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892).

5. *La filosofia del positivismo giuridico.*

L'opera degli scrittori di cui si è detto, i quali sono giuristi e non filosofi, ci interessa dunque perché essi precizarono quella posizione che, pur essendo antichissima, prima di loro e dell'Austin (con l'eccezione dello Hobbes) non era mai stata formulata sistematicamente, e che venne chiamata « positivismo giuridico », significativamente, proprio a proposito dello loro dottrine; ma ci interessa anche perché, grazie all'esclusione dal campo del diritto di tutto ciò che non fa capo a norme positive, essi, in quanto teorici di tali norme, si ritennero i veri filosofi del diritto, o per lo meno negarono la legittimità di una filosofia del diritto e proclamarono la necessità di sostituirla con la *scienza* di esso.

Circa le loro teorie si può osservare ciò che vale per il positivismo giuridico in generale: la concezione del diritto da cui essi muovono permette una costruzione logico-sistemica di questo — che era del resto il loro primo scopo — la quale appaga l'aspirazione alla sistematicità generalmente nutrita dai teorici di ogni materia; ma ciò a prezzo dell'esclusione dal campo del diritto di molti aspetti del fenomeno giuridico, esclusione che non può non essere giudicata arbitraria e semplificatoria.

Certo, il diritto quale è concepito dai giuspositivisti è mezzo efficace per assicurare l'ordine nella società: è tutt'altro che ingiustificato infatti il pensare che è soltanto « il diritto che realmente funziona come diritto », cioè il diritto positivo, quello che « stabilisce il fondamento dell'ordine fra gli uomini », mentre « il presunto diritto naturale, o razionale, o qualsiasi altro diritto non positivo... porta con sé la dissoluzione di ogni ordine giuridico e l'anarchia »³⁰; e sotto questo aspetto il positivismo giuridico appare rivestire un rilevante valore politico. D'altra parte, su questo

³⁰ Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Lipsia, 1892, p. 407.

terreno, si può obiettare ai giuspositivisti che anche il Leviatano dello Hobbes — antesignano, infatti, del positivismo giuridico — assicurava l'ordine, e che il ridurre il diritto al solo comando dello Stato rende onnipotente quest'ultimo: giacché anche uno « Stato di diritto », se è inteso, come lo è dal positivismo giuridico, come Stato autolimitantesi mercé il diritto da esso stesso creato, può sempre spostare, o addirittura sopprimere, i limiti a cui si è sottoposto, e con ciò modificare, o addirittura annullare, le libertà dei suoi cittadini.

Comunque, il carattere più rilevante del positivismo giuridico del secondo Ottocento non è lo statualismo — che non tutti i suoi esponenti condividono — ma il formalismo. Le sue esigenze di logicità sono esigenze di una logicità formale che deliberatamente prescinde da ogni contenuto, si intenda questo come valore etico o come realtà storico-sociale empirica. Per questo aspetto, il positivismo giuridico ottocentesco è la negazione dell'idealismo hegeliano, che aveva proclamato l'identità del razionale con il reale; ma è anche negazione del positivismo filosofico, che intendeva scoprire le leggi, razionalmente formulabili, dei fatti reali, e non rapporti fra concetti non corrispondenti ad una realtà concreta. Vedremo più oltre come un giurista autenticamente positivista, il Jhering, abbia criticato il « culto del Logico » dell'indirizzo giuridico formalistico, di cui pure egli era stato fra gli iniziatori, ed abbia irriso la tendenza di esso ad ascendere al « cielo dei concetti giuridici ». E del resto fu il Bergbohm, il più radicale degli antigiusnaturalisti, a riconoscere che il positivismo giuridico è totalmente indipendente dal positivismo filosofico ³¹.

La convinzione d'essere « positivisti » poté essere nutrita dagli esponenti del positivismo giuridico perché essi non si richiamavano alla metafisica, ed alla metafisica sostituivano la scienza. Ma proprio il tipo di « scienza » a cui

³¹ Ivi, p. 51 nota.

diedero vita rivela quanto essi siano lontani dai positivisti e dalla scienza a cui questi si riferivano. La scienza dei positivisti era scienza di fatti, sistema di concetti astratti dai fenomeni naturali o, nel caso della sociologia, sociali; la « scienza » degli assertori del positivismo giuridico era scienza di norme poste dalla volontà di un legislatore, e quindi sistema di concetti astratti da dati arbitrari anziché necessari (« dogmi »: donde infatti, come si è detto, il nome di « dogmatica »). Nei riguardi della loro scienza, le critiche del Kirchmann, per banali che possano apparire, erano, positivisticamente parlando, perfettamente fondate.

Teorie giuridiche antiformalistiche

1. *Il formalismo giuridico e la società del tardo Ottocento.*

Nata dalla scuola storica attraverso la pandettistica, la « giurisprudenza dei concetti » aveva finito col costituire una posizione astrattistica ed antistoricistica. Influiro su questo fenomeno anche le condizioni della società del secolo XIX, epoca di sostanziale stabilità economica e sociale non ancora incrinata dagli elementi di trasformazione e di fermento che pur cominciavano a manifestarsi e di cui le dottrine ed i moti socialisti erano la più efficace espressione. L'Europa dell'Ottocento era un mondo statico, in cui le norme e gli istituti giuridici potevano ancora essere trattati, a dispetto di chi richiamava l'attenzione sull'intrinseca mutevolezza del diritto, come gli immutabili fenomeni della natura. Era vero, come lo è sempre stato, che, per usare le parole del Kirchmann, a causa di tre parole modificatrici del legislatore intere biblioteche giuridiche sarebbero potute diventare carta straccia, ma in quell'epoca le parole innovatrici del legislatore non erano frequenti né rilevanti: la società non ne richiedeva, o non sembrava ancora richiederne. Che il diritto sia storia e non natura né logica astratta, poteva non essere avvertito in un tempo in cui il cammino della storia era relativamente lento.

Questa situazione peraltro non durò a lungo. Nei paesi tecnicamente più progrediti la rivoluzione industriale andò modificando sempre più sensibilmente l'economia e le condizioni di vita di vaste sfere sociali; nuove attività e nuovi rapporti economici fecero sorgere la necessità di corrispon-

denti nuovi istituti e nuovi rapporti giuridici. Diveniva difficile ai seguaci della scuola dell'esegesi il culto feticistico delle norme cristallizzate nei codici dei primi anni del secolo; né era facile agli artefici di sistemi di concetti giuridici costruiti sul diritto positivo di un'epoca ormai passata adattare tali concetti ai nuovi rapporti che la storia sovrapponeva e sostituiva ogni giorno a quelli per regolare i quali il diritto positivo da cui i concetti erano stati astratti era nato.

Non deve meravigliare perciò che, verso la fine del secolo, molte siano state le manifestazioni di reazione al positivismo giuridico formalistico, e molti i richiami invece a un diritto che rispecchiasse la concreta, storica realtà della società, e la seguisse nel suo divenire; nonostante che la maggior parte dei giuristi, affascinati dalla suggestione estetica del «sistema», persistessero — come persistono ancora oggi — nell'operare « scientificamente », cioè formalisticamente, sulle norme del diritto dello Stato, inteso come il solo vero diritto.

2. *Dal primo al secondo Jhering.*

L'evoluzione di una parte della dottrina giuridica dal metodo della « giurisprudenza dei concetti » a quello di teorie del diritto che non perdessero di vista la realtà sociale da cui questo nasce è rappresentata in modo singolare dalla trasformazione che subì la dottrina di un giurista che, come abbiamo visto, della giurisprudenza dei concetti era stato fra i primi e maggiori teorici: il Jhering.

Personalità complessa e ricca d'aspetti contraddittori, questi vive, anche se nel limitato campo giuridico, la crisi che va maturando nella cultura del secondo Ottocento e che si concluderà con la reazione al positivismo. Ma egli la vive all'interno ancora del positivismo stesso, negando e superando il formalismo, cioè il falso « positivismo » dei giuristi, in nome di un richiamo effettivamente positivisticamente alla realtà delle cose, in una visione della vita del

diritto che rivela quanto, nel campo dello studio della società, il positivismo — a patto di non essere formalistico — sia vicino allo storicismo.

In effetti l'opera del Jhering attraversa due fasi nettamente distinte, anzi opposte. Negli scritti del primo periodo, *Lo spirito del diritto romano* (*Der Geist des römischen Rechts*: 1852-1865) e il già ricordato articolo *Il nostro compito* (*Unsere Aufgabe*: 1857) con cui ebbero inizio gli *Annali per la dogmatica del diritto romano e tedesco attuale*¹, il Jhering vedeva come funzione essenziale della giurisprudenza la « costruzione giuridica », da compiersi con un procedimento di analisi e di successiva sintesi simile a quello della chimica, mediante il quale si doveva agire sulla « materia prima » giuridica facendola « evaporare in concetti », fino a che si potesse darle « la forma di un corpo giuridico »².

Il sistema così edificato avrebbe permesso non soltanto di mettere in luce i principi logici dell'ordinamento giuridico (che dalle norme positive di solito non son dichiarati), ma di ricavare da essi nuove norme giuridiche, nascenti esclusivamente da un'esigenza logica tale che esse « non possono non esistere »³; infatti « per mezzo della combinazione dei diversi elementi la scienza può creare nuovi concetti e proposizioni giuridiche; i concetti sono fecondi, si accoppiano, e ne generano dei nuovi »⁴. Non si poteva rappresentare più efficacemente il metodo, e più ancora esprimere la mentalità, della giurisprudenza concettuale.

Ma già nell'ultimo volume dello stesso *Spirito del diritto romano*, apparso nel 1865, il Jhering mostrava di stare abbandonando la fiducia nella validità del metodo logico-sistematico. Ora egli attribuiva gli ostacoli incontrati nella comprensione della storia del diritto romano

¹ V. sopra, p. 222, nota 16.

² Jhering, *Unsere Aufgabe*, in « *Jahrbücher* » cit., 1857, pp. 9-10.

³ Ivi, p. 18.

⁴ Jhering, *Der Geist des römischen Rechts*, § 3 (nella 3^a ediz., Lipsia, 1891, I, p. 40).

alla « illusione » della dialettica giuridica, che vuole conferire al dato positivo « l'aureola della logica », e che invece di spingere a cercare « la giustificazione o necessità storica, pratica od etica » degli istituti « cerca di metterne in evidenza la necessità logica, ricorrendo a punti di vista escogitati soltanto per questo scopo »⁵; e deplorava « il culto del Logico, che pensa ad innalzare la giurisprudenza ad una matematica del diritto », errore che « si fonda su un fraintendimento dell'essenza del diritto »⁶.

Ed infatti, alcuni anni più tardi, la concezione del metodo della scienza giuridica appare presso il Jhering radicalmente mutata. Di questa seconda fase dell'evoluzione del suo pensiero è espressione principale *Lo scopo nel diritto* (*Der Zweck im Recht*: 1877-1883), il cui titolo stesso esprime una precisa presa di posizione. Questa è dichiarata nel modo più esplicito proprio all'inizio dell'opera, con l'affermazione che l'idea fondamentale di essa « consiste in questo, che il creatore di tutto il diritto è lo scopo, e che non c'è nessuna proposizione giuridica la quale non debba la sua origine ad uno scopo, ossia ad un motivo pratico »⁷.

Ora, quando parla di « scopi », il Jhering non intende quelli propostisi dal legislatore nell'emanare le norme, ma quelli immanenti alla vita stessa della società, società che, « in senso giuridico », è appunto una « unione di più persone che si sono vincolate per il perseguimento di uno scopo comune »⁸: gli scopi sono cioè le necessità di ogni specie che dalla vita sociale sorgono e che devono essere soddisfatte perché la società sopravviva. A tali necessità deve guardare il giurista se vuole comprendere il diritto, e non ad astratti concetti da cui norme ed istituti giuridici siano generati per mera forza di logica.

⁵ Ivi, § 59 (nella 5ª ediz., Lipsia, 1906, III, 1, p. 318).

⁶ Ivi (p. 321).

⁷ Jhering, *Der Zweck im Recht*, Prefazione (nella 3ª ediz., Lipsia, 1893, I, p. VIII).

⁸ Ivi, I, p. 87.

Fra esse non sono soltanto gli interessi utilitaristicamente intesi, ma anche i valori: « al di sopra del puro elemento formale della logica giuridica », scrive il Jhering in una nota aggiunta in una nuova edizione dello *Spirito del diritto romano*, « sta, come cosa più alta e suprema, l'idea sostanziale della giustizia e della moralità; e un approfondimento di essa, cioè come essa arrivi ad esprimersi e a realizzarsi nei singoli istituti giuridici e proposizioni giuridiche, è, secondo la mia opinione, il compito più bello e più elevato che la scienza possa proporsi. La mia opera *Lo scopo nel diritto* è dedicata all'assolvimento di questo compito »⁹.

Il Jhering maturo è tanto agli antipodi del Jhering giovane, che compie della giurisprudenza dei concetti (e quindi anche di sé stesso: talvolta addirittura parodiando le proprie affermazioni di un tempo) una gustosa ed acuta satira in un libro del 1884, *Faceto e serio nella giurisprudenza* (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*); la « costruzione » sistematica, scopo supremo e vanto del formalismo, che egli dice opera di « artisti civilistici » nelle cui mani la materia prima del diritto assume appunto « forma artistico-civilistica », ora il Jhering, pur ricordando d'esserne stato fra i primi artefici, la giudica una moda: a seguire la quale il giurista si sente obbligato nello stesso modo in cui una signora elegante si sente obbligata a portare la crinolina¹⁰. In una delle sue opere più tarde, *La volontà nel possesso* (*Der Besitzwille*: 1889) il Jhering contrappone poi esplicitamente al metodo formalistico quello che egli definisce metodo « realistico o teleologico »¹¹.

Per il fatto che egli ripudia il positivismo giuridico il Jhering non ripudia però il positivismo nel senso filosofico,

⁹ Jhering, *Der Geist des römischen Rechts*, nota 506 a al § 41 (nella 5ª ediz., Lipsia, 1898, II, 2, p. 361).

¹⁰ Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, p. 7 della 9ª ediz., Lipsia, 1904. La satira della « costruzione » era già stata pubblicata, anonima, dal Jhering nella « Preussische Gerichtszeitung » del 1861.

¹¹ Jhering, *Der Besitzwille*, Prefazione (p. IX della 1ª ediz., Jena, 1889).

anzi proprio ora si dimostra positivista autentico. Ed anche il principio della statualità del diritto, che egli mantiene, continua ad accoglierlo non per considerazioni formalistiche, cioè come elemento necessario per la qualificazione giuridica delle norme, ma perché nello Stato vede lo strumento massimo della forza, che è per lui la matrice del diritto. Il diritto infatti, secondo il Jhering, si costituisce per due vie, in entrambe le quali è connesso con la forza: la via per cui la norma, nata dall'interesse di tutti a stabilire l'ordine, viene dalla volontà comune dotata di forza perché possa imporsi alle volontà individuali; e la via per cui il più forte limita mediante la norma la propria forza perché si rende conto che ciò è nel suo stesso interesse.

Il diritto vienc così ad essere « politica della forza », o « forza regolata »¹²; ed è in considerazione di questo intimo nesso tra forza e diritto che il Jhering definisce quest'ultimo « la forma della garanzia delle condizioni di vita della società assicurata per mezzo della forza coattiva dello Stato »¹³ (il cui potere peraltro egli vuole limitato mercè la sua stessa legge, secondo il principio dello Stato di diritto).

Per questo suo aspetto la dottrina del Jhering appare avvicinarsi, ancor più che all'utilitarismo, al naturalismo; ma determinare quale sia l'ispirazione profonda di essa non è facile, perché questi suoi elementi positivistici si innestano su un fondamentale storicismo in cui è presente una sensibile componente idealistica. A questo proposito occorre non dimenticare un'altra opera jheringhiana, il famosissimo volumetto *La lotta per il diritto* (*Der Kampf um's Recht*: 1872), la cui tesi centrale è che « l'idea del diritto è eterno divenire » e « il diritto nel suo moto storico ci presenta l'immagine della ricerca, del combattimento, della lotta: in breve, di un laborioso sforzo »¹⁴. Il diritto si

¹² Jhering, *Der Zweck im Recht*, VIII, § 2 (nella 3^a ediz. cit., I, p. 241 ss.).

¹³ Ivi (p. 443; cfr. p. 511).

¹⁴ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, I (nella 5^a ediz., Vienna, 1877, p. 9).

trova sempre di fronte il suo contrario, il torto, ed è nella lotta con esso che si realizza; donde il dovere per l'uomo di battersi per il proprio diritto, perché affermando questo egli si afferma come uomo¹⁵.

Non è sempre chiaro se, così dicendo, il Jhering si riferisca al diritto positivo, o invece ad un altro più alto diritto per affermare il quale si debba lottare anche contro la legge vigente; ma, pur nelle sue contraddizioni — comuni del resto a tutta l'opera jheringhiana —, *La lotta per il diritto* è forte espressione di severa energia morale, che oltrepassa di molto i limiti di quella concezione utilitaristica e naturalistica del diritto che traspare da molte pagine di altre opere del Jhering.

3. La « giurisprudenza degli interessi ».

Il Jhering della maturità aveva dunque abbracciato una concezione teleologica e pragmatica del diritto, veduto come il coordinamento e la garanzia degli interessi dei membri della società. Si può perciò fare risalire a lui l'inizio di quella corrente di pensiero giuridico che fu detta « giurisprudenza degli interessi (*Interessenjurisprudenz*) », e che fece capo alla « scuola di Tubinga », rappresentata principalmente da Filippo Heck (1858-1943) e Max von Rümelin (1861-1931)¹⁶, estendendosi poi in tutta la Germania.

Aspetto particolare di un movimento giuridico più vasto, delle cui manifestazioni diremo fra poco, la « giurisprudenza degli interessi » si pone come antitesi della

¹⁵ « Nella lotta tu devi trovare il tuo diritto » è il motto posto nel frontespizio dell'opera.

¹⁶ Dello Heck si veda *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1912), *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914) e *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932) (ora tutti e tre riuniti in un unico volume a cura di R. Dubischar, Berlino-Zurigo, 1968). Del Rümelin v. i discorsi accademici di Tubinga, *Gerechtigkeit* (1920), *Die Billigkeit im Recht* (1921), *Die Rechtssicherheit* (1924) ecc., sintetizzati in *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre* (1930).

« giurisprudenza dei concetti » (quest'ultima espressione fu coniata, alquanto spregiativamente, proprio dallo Heck). Il « primato della logica », che la giurisprudenza dei concetti ha fatto valere nel lavoro della scienza giuridica, deve essere soppiantato, secondo lo Heck, dal « primato dello studio e della valutazione della vita »¹⁷. Scopo ultimo tanto della scienza giuridica quanto dell'attività dei giudici è « l'appagamento dei bisogni della vita, dei desideri e delle tendenze appetitive esistenti nella comunità giuridica, sia materiali sia ideali »: a questi « interessi » guarda la *Interessenjurisprudenz*, la quale appunto « cerca di tenere presente questo scopo finale anche in ogni singola operazione, in ogni costruzione di concetti »¹⁸, e considera le leggi « le risultanti degli interessi di carattere materiale, nazionale, religioso ed etico che in ogni comunità giuridica si affrontano e lottano per essere riconosciuti »¹⁹.

Positivistica nel senso filosofico del termine, in quanto intende richiamarsi a fatti positivi, storici, quali sono appunto gli interessi, e non certo a valori d'ordine metafisico, l'*Interessenjurisprudenz* è del tutto in contrasto con il positivismo giuridico, cioè con il formalismo concettualistico.

La questione a proposito della quale tale contrasto si rivela più netto è, significativamente, quella delle lacune dell'ordinamento giuridico. Abbiamo osservato più volte che caratteristico del positivismo giuridico è il principio che l'ordinamento non ha lacune, in quanto, per semplice forza di logica, si trova necessariamente la norma che possa regolare il caso non esplicitamente previsto dal legislatore. Ora lo Heck respinge decisamente l'opinione che l'ordinamento giuridico sia senza lacune e che per qualsiasi caso si possa trovare la norma in base a cui deciderlo

¹⁷ Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, § 1 (nel vol. cit., p. 144).

¹⁸ Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, II, 1 (nel vol. cit., p. 49).

¹⁹ Ivi, II, 6 (p. 52).

ricavandola dal sistema delle norme esistenti²⁰. Nel caso di lacuna, lo Heck sostiene che si debba invece compiere uno « sviluppo assiologico del comando (*wertenden Gebotsbildung*) » del legislatore, tenendo presenti gli interessi che sono in gioco e valutandoli in modo autonomo con l'integrarli in base a giudizi di valore: giudizi che devono di regola essere quelli a cui si è ispirato il legislatore, ma che, nel caso in cui questi non possano essere identificati, possono essere formulati dal giudice con una sua « valutazione autonoma (*Eigenwertung*) »²¹.

Siamo, come si vede, alle soglie del giusnaturalismo, o per lo meno di ciò che i giuspositivisti consideravano e chiamavano giusnaturalismo e da cui come tale aborrisvano. In realtà non si tratta certo del giusnaturalismo del Sei-Settecento e neppure di quello scolastico cattolico, entrambi postulanti valori assoluti ed eterni, ma della possibilità, o meglio della necessità, di andare oltre il dettato formale del legislatore, integrandolo — senza però contraddirlo — col ricorso a principi non ricavati meccanicamente dalla logica astratta del sistema, ma dalla sua logica sostanziale, cioè storica: economica, etica, sociologica. Se di « giusnaturalismo » si vuol parlare — come polemicamente si fece — a proposito di questa e delle altre tendenze antiformalistiche del tardo Ottocento e del Novecento, bisogna aver ben presente che si tratta soltanto di non-positivismo giuridico (cioè di non-formalismo), e che ci si muove sempre su un terreno fondamentalmente positivistico, o, più esattamente, positivistico-storicistico.

Ciò non esclude che il ricorso fatto da questi scrittori a principi non meccanicamente e formalisticamente dedotti dal sistema del diritto positivo sia un ricorso alla ragione: ma si tratta non di una ragione astratta e assoluta, bensì

²⁰ A tale problema è dedicato il discorso dello Heck del 1912 *Das Problem der Rechtsgewinnung*.

²¹ Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, XIV, 2 (nel vol. cit., p. 102 ss., dove però il passo è riassunto: v. il testo integrale in « Archiv für die civilistische Praxis », 1914, vol. 112, pp. 159-160). Cfr. *Das Problem der Rechtsgewinnung*, nel vol. cit., p. 35 ss.

di una ragione empiristicamente attenta ai dati storici nella loro molteplicità e nella loro mutevolezza.

4. Il « movimento del diritto libero ».

Come si è detto, la giurisprudenza degli interessi è una delle manifestazioni di un più ampio fenomeno, a cui è stato dato il nome di « movimento del diritto libero (*Frei-rechtsbewegung*) », od anche, da alcuni, quello di « scuola » o « dottrina » di esso: meno esattamente, perché non si tratta di un gruppo determinato di studiosi, né di una teoria ben precisa, ma appunto di un « movimento », di una tendenza, di un atteggiamento, che assunse forme diverse (tra cui anche quella della « giurisprudenza degli interessi »). Tale movimento si può inquadrare in un fenomeno storico assai vasto, che tra Ottocento e Novecento si manifesta in molti campi, dall'arte alla religione, e la cui caratteristica sostanziale è la rivolta contro la tradizione ed il conformismo: anche se coloro che ne sono i promotori nel campo giuridico agiscono del tutto indipendentemente dai movimenti culturali contemporanei.

Precorrimo del movimento del diritto libero può essere considerato il volumetto di Oskar Bülow (1837-1907) *Legge ed ufficio del giudice* (*Gesetz und Richteramt*: 1885), in cui era sostenuta la tesi che la legge non produce di per sé diritto, ma soltanto lo prepara; mentre creatrice di diritto non è che la sentenza del giudice. Il primo vero e proprio esponente del movimento fu però Eugenio Ehrlich, del quale diremo fra poco più ampiamente a proposito della sociologia giuridica²², ma che va ricordato sin da ora per un sua conferenza del 1903²³, in cui si parlava per la prima volta in Germania di una « libe-

²² V. sotto, pp. 244-246.

²³ *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. La si veda ora nella raccolta di scritti dell'Ehrlich a cui è stato dato il titolo *Recht und Leben* (Berlino, 1967).

ra scienza del diritto (*freie Rechtswissenschaft*) »²⁴, affermando il valore di una « libera ricerca del diritto (*freie Rechtsfindung*) » di contro al principio dell'applicazione meccanica del comando del legislatore ai fatti concreti. Senza voler affidare al giudice il compito di creare il diritto, l'Ehrlich dichiarava impresa vana quella di escludere la personalità di esso nella decisione giudiziaria, e cercava di trovare al di fuori della legge criteri oggettivi ai quali l'attività del giudice debba essere vincolata.

Ma la tesi veramente innovatrice e ardita fu quella sostenuta da un giovane storico del diritto nato in Posnanja, la parte della Polonia allora tedesca, Ermanno Kantorowicz (1877-1940), che nel 1906 scrisse un battagliero « manifesto », *La lotta per la scienza del diritto* (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*), celandosi sotto lo pseudonimo di Gnaeus Flavius, il nome del giurista romano a cui è attribuita gran parte della redazione delle Dodici Tavole. In tale libretto, che ebbe larga risonanza, è sostenuto che accanto al diritto statuale, anzi prima di esso, esiste, con pari valore, il « diritto libero (*freies Recht*) », prodotto dall'opinione giuridica dei membri della società, dalle sentenze dei giudici e dalla scienza giuridica: esso vive indipendentemente dal diritto statuale, ed è anzi il terreno dal quale quest'ultimo nasce²⁵.

Il libretto del Kantorowicz diede l'avvio a un movimento, quello appunto da lui detto *freirechtliche Bewe-*

²⁴ L'espressione aveva già avuto un precedente in Francia nell'opera dello Gény: v. sotto, p. 248.

²⁵ Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, p. 18 del vol. *Rechtswissenschaft und Soziologie*, a cura di T. Würtenberger, Karlsruhe, 1962, in cui sono riuniti, con quello recante il medesimo titolo, altri scritti del Kantorowicz (non però tutti). Sull'argomento il Kantorowicz tornò più volte, generalmente attenuando l'iniziale radicalismo: oltre a *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1910), v. *Staatsauffassungen* (1925), *Legal science. A summary of its methodology* (1928), *Some rationalism about realism* (1934), e la prolusione del 1925 sui precedenti storici del diritto libero *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*. Della teoria giuridica del Kantorowicz (che nel 1933 si era trasferito negli Stati Uniti) l'espressione più recente è *The definition of law* (1958).

gung, a cui aderirono molti fra i giuristi tedeschi dei primi anni del Novecento. Come si è detto, non si trattò tuttavia di una scuola precisamente determinata, e non si può quindi ricordarne qui che i principi fondamentali, sviluppati poi in vario modo dai singoli scrittori.

Il primo di questi principi è il rifiuto del dogma legalistico delle scuole cosiddette « classiche » dell'Ottocento, per il quale il diritto era soltanto la norma costituita dalla legge o ricavata mediante procedimenti puramente logico-formali dal sistema delle leggi, e non era perciò dato all'interprete di ricorrere ad argomenti extralegali. Dal rifiuto del dogma legalistico discende poi necessariamente il rifiuto di ciò che quel dogma portava con sé: e quindi anzitutto quello di un altro principio essenziale del positivismo giuridico, la completezza dell'ordinamento positivo.

Il movimento del diritto libero infatti, benché non sostenga che il giudice possa giudicare anche in contrasto con la legge, o che il diritto legislativo debba essere soppiantato dal diritto giurisprudenziale, ha come idea centrale che in qualsiasi ordinamento legislativo, per quanto questo si dichiari *completo*, permane uno spazio vuoto che spetta all'interprete colmare: vale a dire che, contrariamente a quanto sostiene il positivismo giuridico, le lacune nel diritto esistono, e non possono non esistere.

La tesi degli assertori del diritto libero aveva indubbiamente un saldo fondamento storico; era anzi un prodotto della storia stessa. Come già osservammo, il positivismo giuridico era una teoria del diritto rispondente ad un'epoca di staticità della società, che consentiva altrettanta staticità nella vita giuridica; il diritto positivo poteva essere considerato il vero e l'unico diritto perché permanevano costanti le condizioni nelle quali esso era stato emanato. Ma verso la fine dell'Ottocento, divenendo sempre più rapido lo sviluppo dell'economia, e quindi il trasformarsi delle strutture sociali, il divario tra legislazione e realtà della società diveniva facilmente sensibile; né poteva valere a colmarlo l'aggiornamento delle leggi, sotto pena di togliere a que-

ste, a causa della loro conseguente instabilità, la certezza: cioè proprio quello che del diritto legislativo è il massimo pregio e che come tale era stato celebrato dal positivismo giuridico.

Del resto, quando anche la Germania, nell'anno 1900, si decise ad adottare il diritto codificato, questo fenomeno era già tanto evidente che il *B.G.B.*, il codice civile tedesco, squisito frutto della scienza giuridica classica ottocentesca, da un lato accolse sì i principi del positivismo giuridico, ma dall'altro fu costretto a fare posto a concetti che avrebbero fatto inorridire i codificatori del primo Ottocento, tutti tesi a limitare, e possibilmente ad escludere, l'intervento attivo dell'interprete. L'esempio più famoso è quello del concetto di « buona fede (*Treu und Glauben*) » a cui fa riferimento l'art. 242 in tema di interpretazione delle obbligazioni; ma altri ve ne sono, come quello di « buoni costumi (*gute Sitten*) » riferito alla validità dei contratti, quelli di abuso del diritto, di forza maggiore, di giusta causa ecc., che rinviano ad un giudizio discrezionale dell'interprete.

Gli assertori del diritto libero²⁶ non fanno quindi che portare a fondo un'istanza che lo stesso legislatore aveva avvertito, rendendosi conto della congenita incompletezza di qualsiasi legislazione di fronte alla realtà sociale. Si è parlato anche a proposito di essi di giusnaturalismo; ed in effetti il Kantorowicz inizia *La lotta per la scienza del diritto* dichiarando che la sua concezione « si presenta come una resurrezione del diritto naturale in forma cambiata »²⁷. Se con « giusnaturalismo » si intende semplicemente teoria differente dal positivismo giuridico (come i giuspositivisti sono soliti fare), ciò è senz'altro esatto; in caso diverso, tutto dipende da quel « cambiamento di forma » del diritto

²⁶ Accanto al Kantorowicz si possono ricordare, tra gli altri, Max Rumpf, Teodoro Sternberg, Ernesto Fuchs, e il giovane Gustavo Radbruch, del quale si dirà più oltre.

²⁷ Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, p. 15 del vol. cit.

naturale a cui il Kantorowicz allude. Può forse dirsi che comincia qui l'equivoco intorno al quale è sorta e si svolge tuttora la polemica fra sostenitori del positivismo giuridico e difensori del giusnaturalismo: polemica che è spesso determinata dall'equivocità di quest'ultimo termine.

Infatti, se di « giusnaturalismo » si può parlare a proposito del movimento del diritto libero, ciò non è riferendosi al giusnaturalismo tradizionale, laico o confessionale che questo sia: che è la teoria di un diritto universale eterno e immutabile (dal Kantorowicz esplicitamente respinta). Il « diritto naturale » al quale ci si può richiamare in relazione al diritto libero è un diritto diverso sì da quello che vien detto positivo in quanto valido formalmente, ma è un diritto che nasce dalla concretezza della storia, dalla realtà della società proprio negli aspetti multiformi e mutevoli di questa²⁸: dottrina non metafisica, ma piuttosto storica e sociologica. Non per nulla è da comprendere, come abbiám detto, fra gli esponenti del movimento del diritto libero l'Ehrlich, al quale lo stesso Kantorowicz si richiama²⁹, che è il primo studioso sistematico di sociologia giuridica.

5. *La sociologia giuridica: Ehrlich.*

Come vedemmo nel capitolo sul positivismo, la sociologia non trascurò i fenomeni giuridici, ed anzi in alcuni casi li collocò fra i più rilevanti fatti sociali. Così pure, filosofi e giuristi, dal Vico al Montesquieu, dal Romagnosi al Savigny e al Jhering (e si potrebbe risalire su su fino ad Aristotele) avevano osservato il diritto sotto un aspetto sostanzialmente sociologico; ma ad una specifica sociologia del diritto non si era mai veramente posto mano.

A scrivere di sociologia giuridica in senso preciso il primo fu il già ricordato giurista austriaco Eugenio Ehrlich

²⁸ Ivi, pp. 16-17.

²⁹ Ivi, p. 16.

(1862-1922) con un libro che reca appunto il titolo di *Fondazione della sociologia del diritto* (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*: 1913). « Il centro di gravità dello sviluppo del diritto », afferma l'Ehrlich nella prefazione a quest'opera, « anche nel nostro tempo, come in tutti i tempi, non sta nella legislazione né nella scienza giuridica né nella giurisprudenza dei tribunali, bensì nella società stessa »³⁰. Sola dottrina scientifica del diritto è pertanto la sociologia di esso³¹, che non deve occuparsi soltanto delle leggi e delle sentenze dei giudici, ma anche degli ordinamenti sociali, che precedono quelli giuridici; fondandosi su una concezione del diritto molto più ampia di quella a cui si riferiscono generalmente i giuristi, e guardando non alle « norme di decisione », ma alle regole secondo le quali gli uomini si comportano realmente nella vita sociale: a quello insomma che l'Ehrlich chiama « diritto vivente (*lebendes Recht*) ».

In un articolo scritto per una rivista italiana poco prima della morte, nel quale egli stesso condensa e riassume il proprio pensiero, l'Ehrlich scrive ancora: « a torto si crede oggi da molti che tutto il diritto venga prodotto dallo Stato con le sue leggi. La più gran parte del diritto trae immediatamente origine dalla società in quanto esso è interno ordinamento dei rapporti sociali, del matrimonio, della famiglia, delle corporazioni, del possesso, dei contratti, della successione, e non è mai stato ridotto a norme giuridiche... »³².

È perciò falso « quanto dai più si crede: che istituti sociali come il matrimonio, la famiglia, la corporazione, il possesso, il contratto, la successione, siano stati introdotti mediante norme giuridiche, se non mediante leggi. Con le

³⁰ Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Prefazione.

³¹ Ivi, p. 19 della 2^a ediz., Monaco-Lipsia, 1929. Dell'Ehrlich v. anche *Die juristische Logik* (1918), oltre il già cit. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*.

³² Ehrlich, *La sociologia del diritto*, in « Rivista internaz. di filosofia del diritto », 1922, p. 102.

leggi non si creano che istituti statali; ma la maggior parte delle disposizioni giuridiche non sono originate da leggi... Le disposizioni che regolano il matrimonio e la famiglia presuppongono l'esistenza del matrimonio e della famiglia..., e gli uomini hanno per secoli ricevuto patrimoni per successione prima che le regole delle successioni venissero formulate »³³. In conclusione, la norma giuridica « è condizionata dalla società. Essa non può sorgere se già nella società non siano sorti gl'istituti ai quali essa si riconnette »; ed è « in tanto e fin tanto applicabile in quanto e fino a che permanga il suo presupposto sociale »³⁴.

L'idea che il diritto nasca dai gruppi sociali anche al di fuori dello Stato non era nuova; e, fra gli stessi giuristi del secondo Ottocento, l'abbiamo veduta accolta dal Bierling e soprattutto dal Thon³⁵. Ma l'opera dell'Ehrlich le procurò assai più larga diffusione; e la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici cominciò a contrastare validamente quella, fino ad allora indiscussa, della giuridicità del solo ordinamento dello Stato.

Coltivata da buon numero di studiosi, la sociologia giuridica assunse rapidamente la fisionomia di scienza autonoma. Appunto come tale essa esula però dal nostro campo, e di coloro che vi si dedicarono faremo perciò cenno solo quando le loro dottrine toccheranno argomenti di filosofia del diritto.

6. *Gény*.

Il movimento del diritto libero, fenomeno totalmente tedesco, non lasciò in Germania, sul momento, tracce notevoli; la scienza del diritto restò colà, nella sua grande maggioranza, fedele al positivismo giuridico. I problemi su cui essa aveva attirato l'attenzione erano tuttavia tanto reali,

³³ Ivi, pp. 104-105.

³⁴ Ivi, p. 107.

³⁵ V. sopra, pp. 224-225.

che in altri paesi, già prima che il Kantorowicz scrivesse il suo quasi provocatorio opuscolo, non solo dottrina e giurisprudenza, ma lo stesso legislatore avevano dovuto prenderli in considerazione.

Così il codice civile svizzero, promulgato nel 1901, stabilì all'art. 1 (anche se la norma non ebbe poi pratica applicazione) che « nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore. Egli si attiene alla dottrina ed alla giurisprudenza più autorevoli ». Il principio della completezza dell'ordinamento giuridico era abbandonato.

Benché sia rimasto isolato, si può ricordare poi il caso, che in Francia fece molto rumore, del magistrato, e più tardi uomo politico, Paolo Magnaud (1848-1926), le cui sentenze, ispirate all'equità assai più che all'osservanza formale della legge, gli valsero l'attributo di « Buon Giudice ». Irrilevanti quanto a significato teorico, il suo comportamento e la valutazione che ne compì la coscienza popolare sono una manifestazione non trascurabile delle esigenze giuridiche maturatesi negli ultimi anni dell'Ottocento.

Di gran lunga più interessante è per noi il pensiero di un giurista francese per molti versi vicino al movimento del diritto libero, che esercitò profonda influenza sulla dottrina giuridica del suo paese, fino ad allora legata all'elementare positivismo giuridico della scuola dell'esegesi: Francesco Gény (1861-1938), la cui scuola, in contrapposto a quella esegetica, fu detta « scientifica ». Da *Méthode et sources en droit privé positif* (1899)³⁶ a *Science et technique en droit privé positif* (1914-1924), lo Gény accompagnò e sviluppò, utilizzandone con cura i risultati ed influendo a sua volta su questa, l'opera — che in parte pre-

³⁶ Nella 2ª ediz. (1919) di quest'opera lo Gény vi aggiunse un *Epilogo* che è di molta importanza perché vi sono esaminate, fra le altre, le dottrine del movimento del diritto libero tedesco, guardate con manifesta simpatia.

corse — del movimento del diritto libero, in quella « libera ricerca scientifica »³⁷ che era lo scopo ed il metodo degli scrittori tedeschi di cui si è parlato sinora.

In *Méthode et sources* lo Géný svolge una lunga ed approfondita critica non solo del metodo d'interpretazione esegetico³⁸, ma anche di quello concettuale-formalistico³⁹, che, egli dice, considera « come dotate d'una realtà oggettiva permanente concezioni ideali, provvisorie e soggettive per loro natura »⁴⁰; concludendo che, quanto al primo, « bisogna rinunciare, anche in regime di codificazione, a trovare nella legge scritta una fonte completa e sufficiente di soluzioni giuridiche », e che, quanto al secondo, « il sistema delle concezioni astratte e delle costruzioni puramente logiche appare impotente a fornire alla ricerca scientifica qualcosa di diverso da uno strumento di scoperta senza valore oggettivo, che può suggerire le soluzioni ma è incapace, da solo, di dimostrarne il fondamento e di provarne il valore intrinseco e la verità costante »⁴¹.

Constatata l'insufficienza delle fonti formali positive del diritto, lo Géný afferma la necessità che l'interpretazione si valga della « natura delle cose »⁴²: nozione « imprecisa e feconda »⁴³, che si riferisce a « una sorta di diritto comune, generale quanto alla sua natura, sussidiario quanto alla sua funzione, che supplisce alle lacune delle fonti formali e dirige tutto il movimento della vita giuridica »⁴⁴.

In *Science et technique*, dove l'argomento è ripreso ed ulteriormente approfondito, questa fonte reale del diritto costituita dai concreti rapporti di vita in cui si rivela la « natura sociale », in cui il diritto è « allo stato grezzo »,

³⁷ Questa espressione, che lo Géný fu il primo ad usare, figura anche come titolo di uno dei capitoli di *Méthode et sources* (§ § 155-176).

³⁸ Géný, *Méthode et sources en droit privé positif*, § § 31-59.

³⁹ Ivi, § § 60-81.

⁴⁰ Ivi, § 61 (nell'ediz. del 1954, I, p. 129).

⁴¹ Ivi, § 82 (I, p. 203).

⁴² Ivi, § 157 ss. (II, p. 82 ss.).

⁴³ Ivi, § 159 (II, p. 88).

⁴⁴ Ivi, (II, p. 89).

è dallo Géný chiamato « dato (*donné*) »: in contrapposizione al « costruito (*construit*) », che del diritto è l'elemento formale ed artificiale⁴⁵.

La conoscenza del « dato » lo Géný la chiama « scienza »; quella del « costruito », « tecnica »: scienza in quanto « elaborazione delle cose del diritto, esercitantesi senza artifici, tendente essenzialmente a constatare i dati della natura e dei fatti »; tecnica in quanto « sforzo speciale e, in qualche guisa, professionale »⁴⁶. Di qui il titolo dell'opera, dedicata appunto a studiare il rapporto tra questi due elementi del diritto, rapporto assai complesso, perché « *dato* e *costruito* si mescolano e s'intrecciano per fornire alla vita giuridica tutte le direzioni necessarie », e perché « il *costruito*, opera di volontà artificiale, se non arbitraria, finisce a poco a poco con l'aumentare la somma del *dato* »⁴⁷.

Il richiamo al « dato », alla « natura delle cose », fa dello Géný un giusnaturalista? Certo egli non esita, nel titolo della seconda parte di *Science et technique*, che è *Elaborazione scientifica del diritto positivo*, a far seguire tra parentesi *L'irriducibile « diritto naturale »*; e, alla fine dello stesso volume, chiama esplicitamente « diritto naturale » « l'insieme delle regole giuridiche che la ragione trae dalla natura stessa delle cose » e « i precetti della condotta umana esteriore... rispondenti alla nozione di perfezione morale, di convenienza, di utilità », nascenti da tutti quei « dati ideali » apparsigli tali da dover figurare tra « gli elementi costitutivi del diritto positivo »⁴⁸: concludendo l'opera con l'affermare che la ricerca di un siffatto *diritto naturale* è indispensabile per preparare le basi profonde dell'organizzazione giuridica positiva⁴⁹.

Però nemmeno lo Géný è certamente un giusnaturalista nel senso classico, e ristretto, del termine. Sono rivelatrici

⁴⁵ Géný, *Science et technique en droit privé positif*, § 33.

⁴⁶ Ivi, § 34.

⁴⁷ Ivi, § 33.

⁴⁸ Ivi, § 176.

⁴⁹ Ivi, § 177.

le osservazioni che egli compie circa i giusnaturalisti suoi contemporanei, ai quali rimprovera di avere preteso di risolvere, per mezzo del diritto naturale, i casi più minuti presentati dai molteplici rapporti della vita sociale. È impossibile, egli dice, esigere un'universalità rigida e immutabile; si deve subire la variazione e la mobilità delle contingenze. Il diritto naturale dettato dalla ragione si limita a qualche elemento generale; ed è a tale misura che occorre ridurlo se gli si vuole conservare tanto il suo valore quanto la sua efficacia ⁵⁰.

Come al solito, dunque, si tratta di mettersi d'accordo su ciò che « giusnaturalista » significa. Se si intende con questa parola colui che crede in un codice trascendente la storia, eterno e immutabile, lo Géný non è certamente tale; ma tale può bene considerarsi se « giusnaturalista » si chiama anche chi pensa semplicemente di poter trovare, indicata dalla ragione, una norma di condotta che oltrepassi, od integri, il diritto positivo, e di una norma siffatta voglia valersi nell'interpretazione e nell'applicazione di quest'ultimo.

Non è comunque sotto l'aspetto del suo contenuto filosofico, per il quale la sua dottrina sarebbe esposta ad una facile accusa di eclettismo, che lo Géný va considerato; bensì, come del resto tutti gli altri scrittori di cui si parla nel presente capitolo, per la sua concezione del metodo della scienza giuridica. In questo campo la validità del suo pensiero è dimostrata dalla traccia profonda che esso lasciò, riconoscibile non soltanto nelle dottrine francesi e europee, ma anche, come vedremo, in quelle degli Stati Uniti d'America.

7. *Saleilles e Ripert.*

All'insegnamento dello Géný si riconnette dichiaratamente la dottrina di Raimondo Saleilles (1855-1912), il

⁵⁰ Ivi, § 159.

quale accoglie da lui l'idea che il diritto « non è più una scienza isolata, sufficiente a sé stessa, e che possa rinchiudersi nei propri testi e nelle proprie formule », ed è invece « una scienza di fatti, una scienza del di fuori, che, come tutte le scienze, attinge dalla natura delle cose »⁵¹.

Tuttavia, pur guardando con simpatia alle dottrine giusnaturalistiche⁵², il Saleilles vorrebbe attenuato lo svincolamento dal diritto positivo proposto dallo Géný, e propende per una soluzione più moderata del problema dell'interpretazione, che non prescindendo dal testo positivo e non ripudi la logica formale⁵³. Questo è ciò che egli intende quando, nella prefazione a *Méthode et sources* dello Géný, propone di invertire il motto di quest'ultimo « per mezzo del codice civile, ma al di là del codice civile », trasformandolo in « al di là del codice civile, ma per mezzo del codice civile »: proposta tuttavia a sua volta attenuata dall'affermazione che la cosa più importante è che si vada *al di là* del codice, « al di là » che non può non divenire, conclude il Saleilles, « la parola d'ordine di tutti i giuristi »⁵⁴.

Antigiusnaturalista a parole, si rivela in sostanza in qualche modo giusnaturalista anche Giorgio Ripert (1880-1959). Egli sostiene una netta distinzione tra diritto positivo e morale, in quanto la morale ha riguardo al motivo dell'obbedienza alla norma, mentre il diritto si limita a constatarla⁵⁵, e nega la possibilità di pervenire alla nozione di un diritto naturale di validità universale⁵⁶. Però egli afferma poi che tra regola morale e regola giuridica non c'è nessuna differenza di campo, di natura e di scopo,

⁵¹ Saleilles, Prefazione a Géný, *Méthode et sources en droit privé positif*, Parigi, 1954, pp. XXIV-XXV.

⁵² V. soprattutto, *École historique et droit naturel* (1902).

⁵³ V. *Droit civil et droit comparé*, in « *Revue internationale de l'enseignement* », 1911.

⁵⁴ Saleilles, Prefazione a Géný, cit., p. XXV.

⁵⁵ Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique*, Marsiglia, 1918, p. 38.

⁵⁶ Ivi, p. 46.

in quanto il diritto deve realizzare la giustizia, e l'idea del giusto è un'idea morale; fra l'una e l'altra esiste soltanto una « differenza di carattere », in quanto la regola giuridica è la « elaborazione tecnica » della regola morale, che in essa « si incarna e si precisa »⁵⁷.

Ciò è causa della « radicale impotenza » del positivismo giuridico, perché tanto il legislatore quanto il giudice non prescindono dalla regola morale, intesa come prodotto delle concezioni storiche, razionali, ideali, la quale viene così ad essere « un fattore del diritto »⁵⁸. In particolare il giudice, quando la legge è « muta, oscura o insufficiente », è sensibile anzitutto alla considerazione della legge morale⁵⁹.

Partito dalla critica allo Géný, il Ripert finisce così su posizioni assai più vicine alle sue che non a quelle del positivismo giuridico, le cui ragioni sembrava volere rivendicare. Soprattutto quel principio fondamentale di esso che è l'autointegrazione dell'ordinamento col rifiuto di qualsiasi argomento « metagiuridico » nell'interpretazione, è respinto dal Ripert non meno che dallo Géný e dai seguaci della teoria del diritto libero.

8. Gierke.

La maggior parte degli studiosi di cui abbiamo parlato sinora in questo capitolo rientrano direttamente o indirettamente nel movimento per il diritto libero, o sono prossimi ad esso; ma fra coloro che respingono il formalismo giuridico ve ne sono, negli anni di cui stiamo parlando, anche altri, che stanno a sé, o si ricollegano in modo personale ed originale alla sociologia positivista.

Appunto una posizione a sé stante occupa il tedesco Otto von Gierke (1841-1921), insigne storico del diritto

⁵⁷ Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (1925), § 6.

⁵⁸ Ivi, § 14.

⁵⁹ Ivi, § 15.

e germanista, ossia studioso del diritto germanico ed assertore del valore di esso di contro al diritto romano. Del diritto germanico il Gierke mise in luce soprattutto la struttura corporativa, radicata nelle condizioni della Germania medievale e preunitaria, che era una società di ceti o classi (*Stände*), articolati in comunità essenzialmente corporative (*Gemeinde*, *Genossenschaften*). In un'opera intitolata appunto *Il diritto tedesco delle corporazioni* (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*: 1868-1881), il Gierke, studioso di Altusio, lo scrittore politico tedesco che nel Seicento aveva svolto la teoria di uno Stato a struttura federale costituito dall'associazione fra comunità minori⁶⁰, elaborò la dottrina di un diritto sociale in senso organistico, non priva di un sottinteso nazionalistico, fondata sulla concezione dello Stato come organismo, che considera il diritto norma e limite del suo potere sovrano.

Il diritto è per il Gierke « una manifestazione della vita comune degli uomini »⁶¹: un prodotto cioè della comunità (*Gemeinschaft*), la quale ha una propria vita e una propria coscienza giuridica. Da ciò proviene al diritto una « forza interiore » indipendente dalla forza esteriore dello Stato e precedente ad essa⁶², in quanto il diritto è « l'espressione delle convinzioni di una comunità »⁶³.

Di qui l'opposizione al positivismo giuridico — dal Gierke combattuto soprattutto nel Laband⁶⁴ — che riduceva il diritto al comando formale dello Stato. Il diritto invece, oltre che forma, è contenuto (*Inhalt*), e anche per ciò che concerne la legge dello Stato non si deve separare il comando dal suo contenuto. Il Gierke non esita a chiamare « diritto naturale » il diritto che, espressione della coscienza sociale, precede il diritto positivo come forza

⁶⁰ V. vol. II, pp. 67-69. Il Gierke trattò di Altusio in *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1880).

⁶¹ Gierke, *Deutsches Privatrecht*, § 15, 7 (nella 2ª ediz., Lipsia, 1936, p. 119).

⁶² Ivi, § 15, 6 (p. 118).

⁶³ Ivi, § 15, 7 (p. 119).

⁶⁴ *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (1883).

vivente immanente alla società; e del resto giusnaturalisticamente egli intende le norme giuridiche anzitutto come proposizioni della ragione circa i limiti del volere necessari per un giusto ordinamento della vita, anche se esse debbono essere fatte valere da un potere esterno, quello dello Stato, che al servizio del diritto ponga la sua forza⁶⁵. Di giusnaturalismo in senso deteriore il Gierke accusa invece proprio il positivismo giuridico⁶⁶.

Antindividualistica e fondata essenzialmente su argomenti attinti alla storia, la teoria del Gierke riprende i motivi originari della scuola storica del diritto — non escluso quello dello « spirito del popolo », anche se inteso meno romanticamente — e contrasta gli sviluppi di essa in senso concettualistico e formalistico che le avevano impresso i pandettisti. Tra le dottrine che reagiscono al positivismo giuridico formalistico, quella del Gierke si distingue per la sua visione essenzialmente storicistica della società e del diritto, la quale prevale largamente sui richiami, che pur vi si possono riscontrare, al sociologismo positivistico.

9. Duguit.

Al positivismo e alla sociologia, al Comte e al Durkheim si ricollega invece il francese Leone Duguit (1859-1928). Il quale peraltro è tanto lontano dal positivismo giuridico formalistico da aver potuto essere accusato di giusnaturalismo: prova ulteriore dell'eterogeneità e dell'assenza di implicazioni necessarie fra positivismo filosofico e positivismo giuridico.

Contro il concettualismo dei giuspositivisti formalisti, il Duguit rifiuta i concetti della scienza giuridica che non corrispondono a fatti reali e concreti, concetti che egli considera metafisici: sicché è metafisica la scienza giuri-

⁶⁵ Gierke, *Naturrecht und deutsches Recht* (1883).

⁶⁶ Gierke, *Labands Staatsrecht* ecc. cit., VIII (p. 96 della ristampa, Darmstadt, 1961).

dica formalistica. Per scienza, il Duguit intende positivamente soltanto la conoscenza che consti di ragionamenti sperimentali concernenti fatti.

Il concetto sul quale la critica del Duguit si appunta più duramente è quello di diritto soggettivo, che egli ritiene fondato sul presupposto metafisico dell'individualismo illuministico per il quale l'individuo è di per sé stesso centro di diritti. Alla nozione di diritto soggettivo il Duguit vuole che si sostituisca quella di « situazione giuridica soggettiva »⁶⁷, che connette le facoltà attribuite all'individuo alla loro funzione sociale.

Eliminato questo elemento « metafisico », la sola realtà giuridica rimane il diritto oggettivo: tipica posizione naturalistica e oggettivistica, che rischia di annullare ogni autonomia ed ogni garanzia di libertà dell'individuo. Senonché con diritto oggettivo, o « regola di diritto (*règle de droit*) », il Duguit non intende il diritto dello Stato, ma la regola, espressa dalla società, che impone a ciascun individuo, in quanto membro del corpo sociale, di realizzare la *solidarietà* con gli altri: « fatto fondamentale di ogni società umana », che consiste nella « coincidenza permanente dei fini individuali e sociali »⁶⁸. A questa regola gli individui che esercitano il potere sono sottoposti non diversamente dagli altri cittadini⁶⁹; la legge positiva infatti non crea il diritto oggettivo, ma soltanto lo *constata*: esso le preesiste nella società⁷⁰.

Come al solito, dai fedeli del positivismo giuridico questa idea fu tacciata di giusnaturalismo. E, come al solito, bisogna dire che tale qualifica è fondata o no secondo il significato che alla parola *giusnaturalismo* si dà. Certo

⁶⁷ Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Parigi, 1901, pp. 139-140 e *passim*; v. comunque tutte le opere del Duguit, e in particolare *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État* (1908).

⁶⁸ Ivi, p. 615; cfr. pp. 10, 11, 24, 170.

⁶⁹ Ivi, p. 12; *Traité de droit constitutionnel*, Parigi, 1921, I, § 58 (pp. 513-516).

⁷⁰ Ivi, pp. 502-503.

il Duguit non è un giuspositivista; è un giurista sociologo dalle idee filosofiche alquanto approssimative, per il quale il diritto è nella società prima che nello Stato, e che a questo diritto « sociale » assegna una posizione di preminenza anche nei riguardi di quello formalmente positivo. Ma di giusnaturalismo a proposito di lui non è il caso di parlare se alla parola si dà il significato di teoria di un diritto universale ed eterno: la « regola di diritto » del Duguit, quella che prescrive la solidarietà sociale, varia infatti secondo le infinite forme che tale solidarietà può assumere, tanto che il compito dei governanti è appunto quello di adattarla alla struttura delle varie società ⁷¹.

10. Hauriou.

Qualche affinità con le dottrine del Gierke e del Duguit si riscontra in quella di un altro giurista francese, Maurizio Hauriou (1856-1929). Anch'essa di fondamento sociologico, tale dottrina è imperniata sul concetto di *istituzione*: termine destinato ad avere in Francia, e per altra via in Italia, molta fortuna.

L'« istituzione (*institution*) », quale la concepisce l'Hauriou, è « un'organizzazione sociale oggettiva che ha realizzato in sé la situazione di diritto più alta, cioè che possiede contemporaneamente la sovranità del potere, l'organizzazione costituzionale del potere con statuto, e l'autonomia giuridica »: intendendosi per organizzazione sociale « ogni sistemazione permanente da cui, all'interno di un determinato gruppo sociale, organi dotati di un potere dominante sono posti al servizio di fini che interessano il gruppo per mezzo di un'attività coordinata a quella dell'insieme del gruppo » ⁷².

⁷¹ Ivi, pp. 98-100, 150-152, 428.

⁷² Hauriou, *Principes de droit public* (1910), p. 111 della 2ª ediz., Parigi, 1916; cfr. p. 48. V. anche *Précis de droit constitutionnel* (1923), p. 73 della 2ª ediz., Parigi, 1929, e *La théorie de l'institution et de la fondation*, in « Cahiers de la nouvelle journée », 1925.

In questo ente, centro della giuridicità, si combinano secondo l'Hauriou sovranità e libertà, fini sociali e fini individuali; esso è, personificato, il gruppo sociale organizzato in vista di uno scopo comune. Non soltanto lo Stato quindi, ma tutte le istituzioni creano diritto, anzi lo incarnano per il fatto stesso della loro esistenza come tali.

Nonostante i manifesti influssi di dottrine filosofiche, e l'aspirazione a dare un fondamento filosofico alla sua dottrina (visibile anche in uno scritto del 1918, legato a situazioni politiche contingenti, sul diritto naturale⁷³), l'Hauriou resta sul terreno della scienza giuridica, ed in particolare di quella del diritto pubblico; e non si cura neppure troppo di approfondire il suo concetto di istituzione, che non è chiaro quali confini abbia: cioè da quando e fino a quando un gruppo sociale costituisca un'istituzione e sia perciò centro di giuridicità.

11. *Le dottrine antiformalistiche e la filosofia.*

Gli scrittori le cui teorie abbiamo raggruppato in questo capitolo (con qualche arbitrio, giacché esse spesso non avevano in comune se non la nota dell'antiformalismo, ed anche questa variamente atteggiata) non sono filosofi; e le loro dottrine, quando aspirano ad essere filosofiche, lo sono in forma imprecisa ed approssimativa, attingendo congiuntamente ad indirizzi contraddittori, positivismo, storicismo, giusnaturalismo. A rigore, in una storia della *filosofia* del diritto esse non avrebbero dovuto trovare posto: come, del resto, anche il positivismo giuridico formalistico, che è tutto fuor che filosofia, anzi è la negazione di essa.

Ma, come del positivismo giuridico non si sarebbe potuto tacere nella storia della filosofia del diritto, che è storia anche delle sue negazioni, così non si poteva tacere

⁷³ *Le droit naturel et l'Allemagne*, in « Le correspondant », 1918.

degli avversari di esso; anche perché tanto i giuspositivisti quanto i loro critici si riferivano al metodo della scienza giuridica e dell'interpretazione del diritto, il cui problema (oltre ad essere, come tutti i problemi di metodo, filosofico di per sé) dà luogo a soluzioni che si inquadrano, consapevolmente o no, in concezioni filosofiche, ed avviano a loro volta lo studio del diritto in direzioni che, positivamente o negativamente, investono la filosofia.

Inoltre, come abbiamo più volte osservato, la rivolta contro il positivismo giuridico comportava — o poteva apparir comportare — un ritorno al giusnaturalismo, cioè ad una delle posizioni classiche della filosofia del diritto. Anche se non tutti gli antiformalisti parlano di diritto naturale, del diritto naturale (e spesso di una concezione nuova di esso) le loro dottrine suscitano indubbiamente l'idea, che suscitarono infatti immediatamente presso i loro avversari. Non per nulla ebbe una fortuna che il valore dell'opera non avrebbe certo giustificato il libro di un francese, Giuseppe Charmont (1859-1922), che nel titolo stesso annunciava la « rinascita del diritto naturale » (*La renaissance du droit naturel*: 1910), fondandosi sulla constatazione del « bisogno d'idealismo » attestato dalle dottrine antiformalistiche (e che egli stesso cercava di soddisfare con un'eclettica teoria, che raccoglie comunque dalle altre l'idea di un diritto naturale non assoluto e immutabile⁷⁴).

Formalismo ed antiformalismo erano, del resto, espressione di culture che avevano un sottofondo filosofico: manifestazioni come essi erano, nel campo del pensiero giuridico, di una società e di un momento storico le cui istanze avevano caratteri analoghi anche nel campo della filosofia. Vedremo del resto nel prossimo capitolo, che riguarderà scrittori per la massima parte contemporanei di quelli di cui si è parlato ora, ma più propriamente cultori

⁷⁴ Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 222 della 2ª ediz., Parigi, 1927.

di filosofia, che i loro problemi sono prossimi, pur se su un altro piano, a quelli dei giuristi; e piú oltre ancora constateremo che le dottrine degli uni e degli altri, appunto per la loro intrinseca affinità, avranno cooperato a determinare gli indirizzi filosofico-giuridici dei nostri giorni.

Il diritto nella filosofia del primo Novecento

1. *La reazione al positivismo.*

La filosofia della seconda metà dell'Ottocento era stata, quasi incontrastatamente, il positivismo; ma (e per quanto riguarda la filosofia giuridica italiana lo abbiamo già visto) verso il finire del secolo i princípi positivistici avevano cominciato ad essere discussi e negati, e non appariva piú pacifico, come era apparso per molti anni, che non vi fosse altra realtà al di fuori dei *fatti*, e che la sola forma legittima di conoscenza fosse la *scienza*, intesa come sistema di leggi immutabili enuncianti i rapporti necessari appunto tra i fatti.

Nella reazione al positivismo confluivano indirizzi diversi e talvolta in contrasto fra loro, da quelli sorgenti dal seno dello stesso pensiero scientifico come critica della scienza a quelli affermantí una realtà diversa da quella fisica (sia nelle forme della metafisica classica sia in altre richiamantisi all'idealismo hegeliano), e ad altri ancora ispirati dal kantismo, o subordinanti la validità della conoscenza alla sua efficacia ai fini della vita e dell'azione, talvolta anche in forme irrazionalistiche o sfocianti addirittura in un attivismo fine a sé stesso. Differentissime dunque fra loro, tali correnti di pensiero si incontravano nel combattere il naturalismo deterministico e meccanicistico del positivismo, che appariva una filosofia della mediocrità e della passività, limitante la libertà dell'uomo e del pensiero e negante la vera cultura, che non può non presupporre la libertà dello spirito.

Anche questo fenomeno, come quello per molti aspetti

analogo che nel precedente capitolo abbiamo osservato nel campo specifico degli studi giuridici, si inquadra nella trasformazione della società europea negli ultimi anni del secolo XIX, che induce a mettere in discussione gli ideali borghesi del tempo: « borghesi » non nel senso marxiano di espressione della struttura economico-sociale capitalistica — la quale, pur nel suo travaglio, sopravviveva — ma nel senso di mediocri, limitati e gretti, incapaci di sollevarsi dal dato immediato della conoscenza comune e dell'utilità materiale. La stessa parola *positivismo*, che era stata l'orgogliosa bandiera di una società fiera delle grandi conquiste della sua scienza, passò a significare questa limitatezza di visuale, e cadde in discredito, fino ad essere usata, magari a sproposito, per liquidare dottrine sgradite: esattamente come i positivisti avevano fatto con la parola *metafisica* (o addirittura con *filosofia*).

Ciò non toglie che in alcuni ambienti, ed in particolare in quelli anticlericali e socialisti (che, come già osservammo, più che dal non facilissimo umanesimo marxiano erano stati attratti dal più divulgabile materialismo naturalistico) il positivismo conservasse il suo ascendente: così come, nel mondo dei giuristi, conservò intatto prestigio quel parente spurio di esso che era il « positivismo giuridico ». Ma la cultura che dominò l'ultimo decennio dell'Ottocento e i primi trent'anni del nostro secolo fu antipositivistica: anzi, proprio nell'antipositivismo trova l'elemento che può accomunare gli indirizzi diversi in cui si manifestò.

Non è questo il luogo per rievocare particolareggiatamente questa molteplicità di correnti che caratterizza il mondo filosofico del periodo a cavallo fra i due secoli, correnti che non tutte interessano direttamente il nostro argomento. Fra gli esponenti di esse, ci limiteremo come di consueto a ricordare coloro che hanno affrontato specificamente i problemi filosofici del diritto, o che hanno influito su nuove impostazioni di essi.

2. *Nuove prospettive del problema della scienza giuridica: Dilthey.*

Una delle manifestazioni più rilevanti della cultura non più legata al positivismo ma anzi reagente ad esso si può riconoscere nelle nuove concezioni della scienza che appaiono verso la fine dell'Ottocento; e che, pur diverse fra loro, concordano nel non intendere come scienze soltanto le scienze naturali o che di queste seguono il metodo, e nell'estendere la conoscenza scientifica, quindi, anche al campo di ciò che è opera umana. Entro queste nuove visioni della scienza — un accenno alle quali abbiamo già incontrato presso il Wundt, positivista ma già oltrepassante il positivismo — il problema posto clamorosamente dal Kirchmann circa il valore scientifico della giurisprudenza assunse nuovi aspetti.

Grande importanza hanno, relativamente a questo problema, le concezioni storicistiche nate in Germania tra la fine dell'Otto e il principio del Novecento. Assai differente dallo storicismo assoluto hegeliano, il moderno storicismo tedesco rifugge dal sistema, e non solo non pretende, ma deliberatamente rifiuta ogni carattere di assolutezza metafisica, affermando invece la relatività, appunto storica, dei valori e delle culture. Esso rivolge perciò la sua indagine prevalentemente ai problemi della conoscenza e del metodo; ed investe così, direttamente o indirettamente, anche quello della natura e della validità del metodo della scienza giuridica.

Per questo riguardo, fra gli storicisti tedeschi del tardo Ottocento è da ricordare qui in particolare Guglielmo Dilthey (1831-1911), la cui dottrina muove dal problema del fondamento del metodo della storia: di questa infatti egli cerca il motivo di legittimazione, così come il Kant aveva cercato quello che legittimava, in quanto la rendeva logicamente possibile, la scienza. Ed infatti l'opera del Dilthey si pone come integrazione di quella del Kant nell'aggiungere alla critica della ragion pura — che era

un esame delle possibilità della ragione nei riguardi della conoscenza matematica e fisica — una « critica della ragione storica », che compie lo stesso esame nei riguardi della conoscenza della storia.

L'opera principale del Dilthey, l'*Introduzione alle scienze spirituali* (*Einleitung in die Geisteswissenschaften*), che reca il significativo sottotitolo *Saggio di una fondazione dello studio della società e della storia*, e che apparve nel 1883, contemporaneamente quindi alla *Logica* del Wundt, viene così ad impostare, su presupposti diversi, la medesima distinzione che abbiamo veduto compiuta in questa fra scienze naturali e scienze spirituali, ed a sostenere la legittimità, ossia la validità scientifica, delle seconde. Lontano dalla metafisica non meno che dal positivismo, il Dilthey fonda le scienze spirituali sulla psicologia; però non su una psicologia naturalistica e deterministica quale era quella coltivata dai positivisti, bensì su una psicologia « descrittiva e analitica », che considera le « esperienze vissute (*Erlebnisse*) » dell'uomo e permette così la « comprensione » della storia.

Nell'ambito delle scienze spirituali, il cui oggetto è dunque la realtà storico-sociale, il Dilthey distingue due classi di scienze particolari che si riferiscono a due diversi tipi di costruzione storica compiuta dall'uomo: le « scienze dei sistemi di cultura » e le « scienze dell'organizzazione esterna della società ». Oggetto delle prime sono quelli che il Dilthey ritiene prodotti della libera determinazione dell'individuo, come l'arte, la religione, la filosofia, la scienza, tutto ciò insomma che non gli appare condizionato da situazioni sociali; oggetto delle seconde sono tutte le istituzioni oggettive in cui gli individui vengono a trovarsi riuniti anche indipendentemente dalla loro volontà (come la famiglia, lo Stato, la Chiesa).

Questa distinzione — la cui fondatezza non è qui il caso di discutere — è per noi di particolare interesse perché al diritto il Dilthey assegna una posizione che partecipa del carattere di entrambi questi oggetti delle scienze

dello spirito: « nel fatto del diritto », egli scrive, « in quanto radice della vita sociale dell'uomo, i sistemi della cultura non sono ancora separati dall'organizzazione esterna della società. Il segno caratteristico di questo fatto è che ogni concetto giuridico contiene in sé il momento dell'organizzazione esterna della società »¹.

In questa particolare situazione del diritto nel sistema delle scienze spirituali è implicita una concezione del diritto stesso che è di molto interesse, coerente com'essa è con la generale visione della realtà storica del Dilthey. Il diritto viene ad essere infatti ciò che lega l'organizzazione sociale al « sistema di cultura », ossia ciò che esprime in forma oggettiva, istituzionalizzata, esteriore, un fatto di coscienza, un complesso di fini e di valori.

Naturalmente, ai fini della legittimazione della *scienza* del diritto, la teoria del Dilthey in tanto può essere considerata valida in quanto sia ritenuta accettabile l'affermazione dell'esistenza di scienze spirituali distinte dalle scienze naturali. Ed in effetti da alcuni la categoria delle scienze spirituali fu accettata, con ulteriori sviluppi della teoria di esse², anche se proprio questi sviluppi contribuirono a mostrarne i lati più deboli; ma da altri fu respinta³. Vedremo ora come furono proposte altre distinzioni fra le scienze, che poterono offrire la possibilità di attribuire carattere scientifico alla giurisprudenza.

¹ Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, I, 12: in *Gesammelte Schriften*, I, Lipsia-Berlino, 1923, p. 54.

² Così nel caso di Erich Rothacker, autore di *Logica e sistematica delle scienze spirituali* (*Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*: 1927).

³ Così da Julius Kraft, nel volumetto *L'impossibilità delle scienze spirituali* (*Die Unmöglichkeit der Geisteswissenschaften*: 1934): per lui la giurisprudenza è, come la teologia, una conoscenza « dogmatica », in cui cioè la ricerca è condizionata da elementi non suscettibili di dimostrazione.

3. Il problema della scienza giuridica nella « filosofia dei valori ».

Le « scienze spirituali », tanto nella concezione del Wundt quanto in quella del Dilthey, si distinguevano dalle scienze della natura riguardo al loro oggetto: che nel caso delle prime era ciò che è liberamente prodotto dall'uomo (dallo *spirito* umano), mentre nel caso delle seconde era costituito dai fenomeni naturalisticamente necessitati. Una categoria di scienze diverse da quelle naturali più valida di quella delle scienze « spirituali » (o « morali ») si tentò di fondare guardando, anziché all'oggetto, al metodo di cui le varie scienze si servono.

Ciò fu opera della scuola neokantiana detta « sud-occidentale », i cui maggiori esponenti sono i tedeschi Guglielmo Windelband (1848-1915) ed Enrico Rickert (1863-1936), il pensiero dei quali è noto come « filosofia dei valori ». Entrambi, in luogo della distinzione fra scienze della natura e scienze dello spirito, adottano quella fra scienze *generalizzanti* e scienze *individualizzanti*. Tale distinzione è, in sostanza, quella fra scienza della natura e storia — il Rickert parla di « scienza della natura » e « scienza della cultura (*Kulturwissenschaft*) » —; ed ha riguardo, come dicevamo, al metodo di queste due forme di conoscenza, che nel caso della scienza della natura è quello della formulazione di concetti generali e astratti, riferiti ad una classe di fenomeni, mentre nel caso della storia (o « cultura ») è quello della rappresentazione e della spiegazione di fatti singoli nella loro individualità.

Una distinzione siffatta può apparire non troppo diversa da quelle del Wundt e del Dilthey, giacché le scienze dell'individuale sono per grandissima parte scienze del comportamento umano, e quelle del generale sono prevalentemente scienze dei fenomeni naturali; ma in realtà la differenza è notevole, perché ad esempio la sociologia, ricerca sui comportamenti umani ma condotta con metodo generalizzante, appartiene alle scienze del generale, mentre

— sempre ad esempio — la geografia, ricerca intorno a fatti naturali, è per lo più descrizione di fenomeni singoli.

Comunque, anche posta questa nuova distinzione, la giurisprudenza in quanto scienza continuò a costituire un grave problema. Il Windelband non se ne occupò specificamente; ma il Rickert la considerò appartenente (come la glottologia, l'economia politica, e le altre scienze che hanno una parte generale ma si riferiscono a singoli fatti storici), tanto alle scienze generalizzanti quanto a quelle individualizzanti⁴. Ed affine alla posizione del Rickert è quella di Emilio Lask (1875-1915), esponente della cosiddetta « filosofia della cultura » derivante appunto dal neo-kantismo sud-occidentale, e intesa a trovare un punto d'incontro tra il mondo dei fatti e quello dei valori. Per il Lask la scienza del diritto, che è « un ramo delle scienze della cultura empiriche », dà luogo a un dualismo metodologico, in quanto il diritto si presenta o come « fattore culturale reale », agente storicamente nella vita della società, oppure come « complesso di significati » determinati dogmaticamente da norme e non esistenti effettivamente come realtà sociali. Sotto il primo aspetto lo studio scientifico di esso dà luogo alla « teoria sociale del diritto » (cioè alla sociologia giuridica), sotto il secondo alla giurisprudenza, intesa come connessione sistematica di contenuti del pensiero⁵. La complessa natura del diritto continuava dunque ad impedire di dare alla conoscenza di esso una fisionomia scientifica definita, e le soluzioni del problema di essa rimanevano incerte ed ambivalenti.

Supera queste incertezze, ponendo senza esitazioni la scienza del diritto fra le scienze individualizzanti, un altro tedesco richiamantesi all'indirizzo neo-kantiano « sud-occidentale », Gustavo Radbruch (1878-1949): del quale do-

⁴ Rickert, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* (1899), p. 107 della 6ª ediz., Tubinga, 1926; cfr. *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (1896-1902), p. 619 della 5ª ediz., Tubinga, 1929.

⁵ Lask, *Rechtsphilosophie* (1905), II, pp. 311-313 delle *Gesammelte Schriften*, I, Tubinga, 1923.

vremo riparlare più ampiamente in seguito, per altri aspetti della sua dottrina. Il Radbruch qualifica la giurisprudenza « scienza culturale comprensiva (*verstehende Kulturwissenschaft*) »: « culturale », cioè non naturale, e « comprensiva » nel senso che essa non spiega fenomeni ma li « comprende », cioè li valuta e li interpreta. La considera quindi scienza individualizzante, soprattutto perché « il singolo caso giuridico non è soltanto un esempio di una legge generale, come per le scienze naturali, bensí, proprio al contrario, la legge esiste soltanto in virtù della decisione dei casi singoli, ragione per cui in questo senso teleologico il diritto non è l'insieme delle norme, bensí l'insieme delle decisioni »⁶.

Si ha qui l'eco della concezione del diritto propria del movimento del diritto libero, a cui il giovane Radbruch era stato vicino, che poneva l'accento non tanto sulla norma quanto sulla decisione dei singoli casi: la vita del diritto è costituita da casi singoli, la cui soluzione è altrettanto singola, e fuori dei quali la legge generale non avrebbe significato; il giurista che studia tale vita opera quindi sui casi singoli e non sulle norme. La scientificità della giurisprudenza in tanto insomma può essere affermata in quanto si prescinda dall'attività generalizzante del giurista, anzi, prima ancora, dal carattere generale del diritto: cioè proprio da quegli aspetti di esso di cui tradizionalmente i giuristi si occupano di più. Il problema comunque rimaneva insoluto; e lo ritroveremo infatti, impostato pressoché nei medesimi termini, ai nostri giorni.

4. *Stammler*.

Nel campo della filosofia del diritto il neokantismo fu assai fecondo soprattutto in Germania e in Italia, dove operò un profondo rinnovamento di essa. In Germania,

⁶ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, § 15, pp. 220-221 della 4ª ediz., Stoccarda, 1950. La prima ediz. è del 1914, ma quella definitiva è la terza, del 1932.

ciò fu dovuto a Rodolfo Stammler (1856-1938), prossimo, più che alla scuola « sud-occidentale » del Windelband e del Rickert, all'altra scuola neokantiana detta di Marburgo (i cui maggiori rappresentanti erano Ermanno Cohen e Paolo Natorp) che riduceva la realtà ad oggetto del pensiero sottoponendola alle leggi di questo.

Anche la dottrina dello Stammler si presenta come teoria della scienza giuridica (tale è infatti il titolo di una sua opera del 1911, *Theorie der Rechtswissenschaft*) e come tentativo di « rendere la giurisprudenza concepibile come scienza e soprattutto di tenere lontano da essa il rimprovero di mancanza di valore scientifico »⁷; ma i termini in cui egli imposta questo problema sono tali da condurre anche ad altre conclusioni, d'ordine ontologico ed etico: come era stato per il Kant, che, lui pure, aveva preso le mosse dal problema della possibilità della scienza.

Del resto lo Stammler aveva enunciato i concetti fondamentali della sua dottrina già precedentemente ed a diverso proposito: in una critica cioè del materialismo storico, secondo il quale il diritto è una sovrastruttura dell'economia. Tale critica, svolta in un'opera del 1896, *Economia e diritto secondo la concezione materialistica della storia* (*Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*), è fondata sulla tesi che, per contro, è il diritto a condizionare e determinare il proprio contenuto economico: perché esso è la condizione *a priori* che rende possibile l'esperienza sociale, ed il rapporto tra economia e diritto è quello tra materia e forma.

Lo Stammler afferma che nel concetto di società, cioè di « unione vincolata degli scopi » di un gruppo di uomini aventi appunto scopi comuni, si distinguono due elementi: il vincolo come tale (*Verbindung als solche*), il quale è la forma che condiziona la vita comune e si espri-

⁷ Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 185. Del problema del metodo della scienza giuridica lo Stammler aveva trattato anche in *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie* (1888).

me in una regola esterna; e l'attività concorde (*zusammenstimmende Tätigkeit*) degli individui vincolati, tendente al soddisfacimento di determinati bisogni. Di questi due elementi il primo è la « condizione logica (*logische Bedingung*) » del secondo, sicché il secondo non può essere pensato senza il primo: la società cioè in tanto è pensabile in quanto vi è, logicamente anteriore ad essa, la sua regola esterna, ossia il diritto, che ne è la *forma*, mentre l'attività sociale ne è la *materia*⁸. Il che equivale a dire che il diritto è il principio costitutivo della società, e che senza il diritto la società, non pensabile, non è neppure reale.

La filosofia del diritto deve avere quindi per oggetto non i fenomeni giuridici constatati dall'esperienza, ma le condizioni *a priori* che rendono possibile l'esperienza stessa: deve cioè essere « il sistema delle forme pure nelle quali noi pensiamo giuridicamente »⁹. Il concetto di diritto non può infatti essere ricavato per via induttiva, perché quando cerchiamo di astrarre il concetto di giuridicità dai fenomeni che consideriamo *giuridici* noi presupponiamo la *giuridicità* di tali fenomeni; il concetto di diritto è logicamente anteriore all'esperienza del diritto stesso, ed è la condizioni di essa. Sul modello delle forme *a priori* della conoscenza kantiane, lo Stammler intende le forme della conoscenza giuridica non innate né esistenti prima dell'esperienza, ma d'altra parte presenti in qualsiasi esperienza del diritto¹⁰.

Si tratta dunque di determinare criticamente il concetto del diritto considerandolo come la forma pura, *a priori*, che costituisce la condizione necessaria per conoscere i fenomeni giuridici come tali, e costruire così una *scienza* giuridica: assunto che lo Stammler persegue appunto nella già ricordata *Teoria della scienza giuridica* del 1911, dove

⁸ Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, §§ 35 e 56. A quest'opera, in cui lo Stammler ha sintetizzato nel 1922 il suo pensiero, conviene spesso riferirsi.

⁹ Ivi, § 3.

¹⁰ Ivi, § 21.

tale scienza è intesa infatti come « dottrina pura del diritto (*reine Rechtslehre*) »¹¹.

Attraverso una lunga analisi lo Stammler perviene alla conclusione che il concetto del diritto è quello del « volere vincolante autonomo inviolabile (*das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen*) »¹²; e da tale concetto deduce le categorie, o concetti giuridici fondamentali, che valgono a dare ordine logico alla massa disordinata dei fenomeni giuridici quali si presentano all'esperienza. Di queste categorie, otto, dedotte a coppie dai quattro elementi del concetto del diritto — volontà, vincolo, autonomia, inviolabilità — lo Stammler le definisce « semplici »¹³; combinandole fra loro, ne ricava poi un sistema di concetti giuridici fondamentali « derivati »¹⁴, che prospetta come struttura concettuale della scienza giuridica.

Tale struttura è dunque formale, ma non nel senso in cui era « formale » il sistema di concetti della *Begriffsjurisprudenz*: il carattere formale dei concetti di questa consisteva nella loro astrattezza, nell'essere il risultato di un processo di astrazione compiuto su dati empirici (quelli forniti dalle norme positive); mentre il carattere formale dei « concetti giuridici fondamentali » dello Stammler è « puro », risulta cioè da una deduzione *a priori*.

Questo procedimento, di natura logica, corrisponde, o vorrebbe corrispondere, a quello del Kant nella *Critica della ragion pura*, dove sono appunto dedotte le forme *a priori* del pensiero che, condizionando l'esperienza, ne permettono l'elaborazione scientifica. Ma la filosofia del diritto ha, secondo lo Stammler, oltre il compito della determinazione del *concetto* del diritto, quello della determinazione della sua *idea*: cioè del valore, o del fine assoluto, di esso. La forma *a priori* della giuridicità appartiene insomma tanto alla ragione teoretica quanto a quella pratica,

¹¹ Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Introduzione, § 8.

¹² Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, § 47.

¹³ Ivi, § 111.

¹⁴ Ivi, §§ 112-113.

ha significato tanto logico quanto etico: si pone cioè tanto come principio unitario, assoluto, della conoscenza del diritto quanto come principio unitario e assoluto della condotta umana secondo il diritto.

L'« idea » del diritto (ossia la giustizia) non ha un contenuto determinato come nel giusnaturalismo tradizionale; al pari del concetto, essa è puramente formale. Con espressione divenuta celebre, lo Stammler in una delle sue prime opere aveva chiamato questo « diritto giusto (*richtiges Recht*) », a cui è intitolato uno dei suoi libri più noti¹⁵, « diritto naturale con contenuto variabile (*Naturrecht mit wechselndem Inhalte*) »¹⁶: definendolo « quelle proposizioni giuridiche che in rapporti empiricamente condizionati contengono il diritto teoreticamente giusto »¹⁷.

Kantianamente, lo Stammler concepisce questa « idea » del diritto come condizione del coordinamento delle libertà individuali nella società: essa infatti corrisponde all'ideale della « comunità pura (*reine Gemeinschaft*) », o « comunità di uomini che vogliono liberamente »¹⁸; ed al fine della coesistenza delle libertà di ogni individuo nella società sono ordinati i principi più determinati che da questa generalissima idea lo Stammler deduce¹⁹.

La teoria stammleriana della giustizia, che si sottraeva alle critiche di cui è oggetto il giusnaturalismo contenutistico e antistorico, ebbe notevole fortuna, anche perché fornì un soccorso filosofico alle dottrine dei giuristi anti-formalisti, che filosoficamente non si sentivano, e non erano, molto salde. Soprattutto la formula « diritto naturale con contenuto variabile » ebbe grandissima diffusione, e valse a riabilitare un poco l'espressione « diritto naturale »: che tuttavia lo Stammler nelle sue opere maggiori

¹⁵ *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1902; rielaborata nel 1926).

¹⁶ Tale è il titolo del § 33 di *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (Lipsia, 1896, pp. 184-188).

¹⁷ Ivi, p. 185.

¹⁸ Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, § 92.

¹⁹ Ivi, § 95.

non usò mai se non parlando del giusnaturalismo tradizionale.

Quanto alla teoria logica, anch'essa ebbe molta notorietà, ma fu assai discussa: perché nelle forme *a priori* giuridiche della ragione si sospettarono astrazioni compiute su dati empirici. Ed in effetti forme logiche *a priori* del diritto non appaiono ammissibili: nella dottrina del Kant le forme *a priori* della conoscenza, che sono applicabili a tutti i dati dell'esperienza in generale, sono realmente pensabili come universali ed universalizzanti; ma forme di conoscenza che come quelle stammleriane siano applicabili a un settore dell'esperienza specifico e determinato quale è il diritto non possono avere il carattere universale e trascendentale di quelle kantiane, e, se non vogliono essere idee innate, debbono presupporre la conoscenza empirica di quel fenomeno di cui vorrebbero essere la condizione trascendentale di conoscibilità. Sarà questo il punto debole di tutta la filosofia giuridica neokantiana.

5. La filosofia del diritto neohegeliana tedesca.

Altri filosofi del diritto tedeschi si ispirarono, nel periodo tra i due secoli, anziché al Kant, allo Hegel. Fedele alla dottrina hegeliana era stato Adolfo Lasson (1832-1917), autore di un *System der Rechtsphilosophie* (1882) che godette di larga fama e di molta autorità. Più personale ed originale fu la dottrina di Giuseppe Kohler (1849-1919): questi concepì hegelianamente il diritto come una realtà infinitamente varia e mutevole dominata tuttavia sempre dall'Idea, che le dà unità e la guida verso il suo fine; ma di questo processo delineò lo sviluppo con metodo storico e comparatistico, disegnando una storia universale del diritto inteso come « fenomeno di cultura »²⁰.

²⁰ Del Kohler v. soprattutto *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte* (nell'*Encyklopädie der Rechtswissenschaft* dello Holtzendorff, 6ª e 7ª ediz., Lipsia-Berlino, 1904 e 1915), e *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (1909).

La visione dell'attività creativa dello spirito come adattamento del materiale giuridico storico alle esigenze della civiltà in continuo mutamento avvicina la posizione del Kohler a quella dei giuristi antiformalisti: la storia essendo in continuo divenire, e mutando le esigenze della società, il diritto deve inserirsi in questo processo come elemento di progresso. Per questo suo aspetto la filosofia giuridica del Kohler agì notevolmente sul pensiero dell'americano Roscoe Pound, di cui si dirà più oltre.

Prossimo all'orientamento del Kohler è quello di Fritz Berolzheimer (1869-1920)²¹; e verso l'hegelismo fu, più tardi, indirizzato dalla critica al neokantismo Erich Kaufmann (n. 1880)²².

Del pari dalla critica del neokantismo, ed in particolare dello Stammler, fu condotto su posizioni hegeliane il più notevole dei filosofi del diritto tedeschi di tale orientamento della prima metà del Novecento, Giulio Binder (1870-1939), che più di ogni altro insistette sul carattere empirico di quelle che lo Stammler aveva postulato come forme *a priori* della conoscenza giuridica. Il suo pensiero, le cui espressioni più importanti sono *Rechtsbegriff und Rechtsidee* (1915), in cui è appunto discussa la teoria dello Stammler, e *Philosophie des Rechts* (1925), presenta varie fasi, da un iniziale neokantismo ad un hegelismo estremo che comporta gravi implicazioni politiche.

La fase dell'evoluzione del pensiero del Binder che appare più valida è quella intermedia, espressa nella *Philosophie des Rechts*, in cui è professato quello che il Binder stesso chiama « idealismo oggettivo »: l'Idea — ossia la realtà ultima, incondizionata, che ha il suo fondamento e il suo fine in sé stessa — è ivi intesa non solo come principio trascendentale della coscienza ma anche e soprattutto come principio immanente dell'essere; corrispondentemen-

²¹ Del Berolzheimer v. *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* (1904-1907).

²² Del Kaufmann v. *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (1921).

te, l'idea del diritto si manifesta e si realizza nel diritto storico e nel divenire di questo, il quale perciò può essere compreso soltanto in quanto vi si riconosca la realizzazione dell'idea che gli è immanente.

Piú tardi, svolgendo fino all'estremo il tema hegeliano, da questo « idealismo oggettivo » il Binder trapassa a un « idealismo assoluto »²³, che si conclude in un'esaltazione dello Stato nazionale fondata sulla concezione della nazione come unica forma di comunità in cui la libertà dell'individuo si realizza, e alla conseguente giustificazione dello Stato totalitario: nel quale, hegelianamente, l'individuo si realizza in quanto si fa universale, e nei cui riguardi non ha pertanto diritto. A conclusioni non diverse condurrà il neohegelismo, nello stesso periodo, in Italia.

6. *La crisi del positivismo nella filosofia giuridica italiana.*

Vedemmo che già verso la fine dell'Ottocento qualche filosofo del diritto italiano, pur professandosi fedele alla filosofia positiva, in realtà tendeva a eludere il determinismo naturalistico-sociologico che questa avrebbe comportato, e — esponendosi a non infondate accuse di eclettismo da parte dei positivisti ortodossi — assegnava alla filosofia del diritto altri compiti oltre quello della ricerca sociologica intorno al fenomeno giuridico. Era stato il caso del Vanni, che al compito « fenomenologico » di essa aveva affiancato quello « critico » e quello « deontologico »: segno dell'insoddisfazione per i limiti imposti dal positivismo all'indagine filosofica circa un oggetto, quale è il diritto, che alla filosofia offre motivi di meditazione sotto molteplici aspetti.

L'esigenza di ricondurre lo studio dei concetti giuridici ad una filosofia aveva ispirato l'*Enciclopedia giuridica*

²³ Di questa fase del pensiero del Binder sono espressione *Grundlegung zur Rechtsphilosophie* (1935) e la rielaborazione della *Philosophie des Rechts* apparsa nel 1937 col titolo *System der Rechtsphilosophie*.

(1873) dell'abruzzese Francesco Filomusi Guelfi (1842-1922), che ebbe larghissima diffusione e fu di grande utilità didattica. Il Filomusi si professava idealista, anzi « idealista impenitente »²⁴, ed in effetti risentiva dell'influenza hegeliana, anche se la sua filosofia si sviluppa in modo autonomo dalla diretta riflessione sul diritto, secondo la tradizione del pensiero giuridico meridionale richiamantesi più o meno rigorosamente al Vico. A tale filosofia, secondo la quale « l'idea suprema del diritto, in sé universale ed assoluta, è nella fonte stessa di ogni assolutezza, nel pensiero assoluto, in Dio »²⁵, ed il diritto positivo è la realizzazione storica di questa idea²⁶, il Filomusi riconnette l'analisi dei concetti giuridici: con un'impostazione di tale studio del tutto diversa dunque da quella degli scrittori giuspositivisti di enciclopedia giuridica, come il Merkel ed i suoi imitatori.

Più definito, anche se anch'esso largamente incerto, è l'idealismo del molisano Iginò Petrone (1870-1913), il quale, così come il Vanni aveva chiamato la sua dottrina « positivismo critico », chiamò la propria « idealismo critico », testimoniandoci come, sotto l'azione dell'esigenza critica, che aveva eroso l'ingenuo oggettivismo positivistico, si venisse trapassando in quest'epoca ad un orientamento idealistico. Certo si tratta, nel caso del Petrone, di un idealismo piuttosto generico: che non cessa peraltro d'essere la prima manifestazione di quella rinascita dell'idealismo in Italia che assumerà forme precise nel pensiero del Croce e del Gentile.

Già in un suo libro del 1895, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania* — analisi critica delle principali dottrine filosofico-giuridiche tedesche del secondo Ottocento —, il Petrone aveva preso nettamente

²⁴ Filomusi Guelfi, *Della filosofia del diritto in Italia dalla fine del sec. XVIII alla fine del sec. XIX* (1911), ora in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1949, di cui v. p. 148.

²⁵ Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, § 7.

²⁶ Ivi, § 9.

posizione contro la concezione positivistica della filosofia del diritto, attribuendo anch'egli ad essa compiti analoghi a quelli assegnatigli dal Vanni²⁷; e qualche anno dopo sostenne la necessità di superare i limiti del relativismo empiristico e di determinare l'assoluto giuridico con l'indagarlo criticamente, proclamandosi assertore di un idealismo non dogmatico, che aveva sentito « le acri punture della critica » e subito l'« esperienza cruciale del relativismo »²⁸, e dichiarando di rendersi « piena ragione delle sane e luminose esigenze della metafisica »²⁹. Era un linguaggio che non si udiva da tempo.

Il Petrone sviluppò questo suo assunto in numerose opere³⁰, da *La filosofia del diritto al lume dell'idealismo critico* (1896) a *Il diritto nel mondo dello spirito* (1910)³¹. In quest'ultima il Petrone enuncia un proprio sistema fondato sul principio idealistico della creatività dello spirito: da questo si genera il diritto, in un processo dialettico (la cui idea per verità è ispirata ad un tempo dall'idealismo e dalla psicologia dell'americano James M. Baldwin) in cui l'ego e l'alter trovano la loro mediazione nel *socius*³². Una simile concezione, unita alla riaffermazione di ideali etici e giuridici assoluti ed alla negazione del valore autonomo della sociologia, dal Petrone risolta interamente nella filosofia dello spirito, costituiva una negazione totale del positivismo; e se alla filosofia del Petrone si poté rimproverare dagli idealisti genericità ed incertezza, va ricono-

²⁷ Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Pisa, 1895, p. 177 ss.

²⁸ Petrone, *La storia interna ed il problema presente della filosofia del diritto*, Modena, 1898, p. 69.

²⁹ Ivi, p. 73.

³⁰ Alcune delle quali riunite nel 1905 nel vol. *Problemi del mondo morale meditati da un idealista*.

³¹ Notevoli inoltre *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto* (1897); *La storia interna ed il problema presente della filosofia del diritto* cit.; *I limiti del determinismo scientifico* (1900); *La sociologia e la sua elisione logica nella filosofia dello spirito* (1905).

³² Petrone, *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano, 1910, p. 42 ss.

sciuto che la battaglia antipositivistica che doveva rinnovare la cultura italiana fu iniziata da lui.

Contemporaneamente, filosofi del diritto che tenevano ad essere ed a rimanere positivisti, e che avevano scorto con allarme deviazioni metafisiche anche nelle timide aspirazioni « critiche » del Vanni, inclinavano verso la considerazione critica del problema del diritto, cercando di quest'ultimo una definizione non empirica. Caratteristici rappresentanti di questo attenuarsi e diluirsi del positivismo filosofico-giuridico sono due studiosi coetanei, il sardo Antonio Falchi (1879-1962) e il veneto Alessandro Levi (1881-1953).

Il Falchi, sviluppando una tesi del Vanni, dichiara che la filosofia, proprio per essere veramente positiva, deve accogliere la ricerca critica, gnoseologica: « se nell'uomo e nella sua mente l'*a priori* si troverà esistere come elemento costante e come condizione di ogni apprendimento, il positivista non avrà smentito i suoi principi, riconoscendo una verità che è ricavata dall'indagine obbiettiva della realtà, una verità di fatto, la quale avrà tutto il valore di un risultato d'osservazione »³³. Per questa via il Falchi perviene ad uno « storicismo positivistico », ispirato al Vico, che presuppone una visione del diritto non limitata all'aspetto meramente fenomenico di esso³⁴.

Il Levi, allievo a Padova dell'Ardigò e del Brugi, si dichiarò anch'egli sempre fedele al positivismo; ma sentì fortemente l'influsso dell'idealismo, in particolare di quello del Croce, col quale il positivismo aveva in comune il rigoroso immanentismo, che del Levi era la preoccupazione maggiore. Non solo egli accetta dal Petrone la riduzione della sociologia alla filosofia³⁵, ma, accogliendo implicita-

³³ Falchi, *Le esigenze metafisiche della filosofia del diritto e il valore dell'a-priori*, Sassari, 1910, pp. 39-40. Cfr., precedentemente, *La concezione positiva del diritto* (1905).

³⁴ Su ciò v. inoltre *Intorno al concetto di diritto naturale e d'equità* (1903).

³⁵ Levi, *La société et l'ordre juridique*, Parigi, 1911, pp. 34-35; ma tale tesi ritorna in numerosissimi altri scritti.

mente la teoria crociana dei distinti di cui si dirà tra poco (secondo la quale i momenti dell'attività pratica sono due, l'economico e l'etico, ed il diritto non ha perciò una sua autonomia filosofica), inserisce fra il momento corrispettivo all'utile e quello corrispettivo al buono un terzo momento dell'operare umano, corrispettivo al *lecito*, che intende come criterio dell'operare sociale. Questo è il momento, o « guisa », della giuridicità: perché il Levi, seguendo il Thon (di cui apprezzava assai l'opera, che tradusse in italiano), identifica socialità e giuridicità. « Come l'azione umana », egli scrive, « si traduce in termini individuali secondo il criterio economico, e in termini universali secondo il criterio morale, così si traduce in termini sociali secondo il criterio giuridico »³⁶.

Questa teoria della socialità del diritto, di origine sociologica, ma alla quale per tutt'altra via era pervenuto anche il Croce, è incentrata sul concetto di rapporto giuridico (che è per il Levi il concetto fondamentale del diritto, da cui tutti gli altri concetti giuridici derivano) ed è a fondamento della *Teoria generale del diritto* in cui nel 1950 il pensiero del Levi trovò la sua sistemazione definitiva. Ma già da molti anni, e assai prima che Santi Romano, dandole una configurazione più strettamente giuridica, la imponesse all'attenzione dei giuristi³⁷, questa teoria, che dapprima apparve pressoché paradossale, perché, contro la dominante concezione statualistica del diritto, affermava la giuridicità di ogni gruppo sociale, compresi quelli illeciti secondo il diritto dello Stato, era stata sviluppata dal Levi in numerosi suoi scritti di varia mole³⁸.

Come altre di questo periodo, la filosofia giuridica del Levi può essere accusata di eclettismo. Ma non si tratta più dell'eclettismo superficiale e contraddittorio dei posi-

³⁶ Ivi, p. 161; cfr. pp. 30-31.

³⁷ V. sotto, pp. 345-349.

³⁸ Tra i più ampi, *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico* (1914) e *Saggi di teoria del diritto* (1924): dei quali saggi v. soprattutto il secondo, dall'eloquente titolo *Ubi societas, ibi ius*.

tivisti mezzo vichiani o mezzo kantiani della fine dell'Ottocento: la dottrina del Levi — e questo è il suo maggior motivo d'interesse — è espressione di un momento critico della cultura italiana, che trapassa dal positivismo all'idealismo. E di questo passaggio, che può apparire incoerente, il pensiero del Levi rivela l'elemento di continuità, che è l'immanentismo e lo storicismo, in opposizione a qualsiasi metafisica trascendentistica.

Da un positivismo psicologistico ispirato al Wundt si rivolse verso l'idealismo il bergamasco Gioele Solari (1872-1952), che, allievo a Torino del Carle, fu insigne storico della filosofia giuridica e politica³⁹, e maestro efficacissimo. Dallo studio dell'idealismo tedesco classico egli trasse il principio per la fondazione di un « idealismo giuridico-sociale », cioè di una concezione della società come realtà che trascende gli individui, i quali soltanto integrandosi in essa realizzano sé stessi. Ed all'idealismo classico il Solari rimase assai più vicino che al neoidealismo italiano del suo tempo, verso il quale, come anche verso il neokantismo, conservò un atteggiamento alquanto critico.

« Idealismo storico » chiamò la propria posizione un altro filosofo del diritto allontanatosi dal positivismo sotto lo stimolo del criticismo neokantiano: il modenese Benvenuto Donati (1883-1950), studioso del Muratori e del Vico, che vide nel diritto l'espressione dell'eticità nei rapporti sociali⁴⁰; ed « idealismo gnoseologico » disse la sua dottrina il pugliese Francesco Bernardino Cicala (n. 1877),

³⁹ Del Solari v. *La scuola del diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVII e XVIII* (1904); i due volumi dedicati a *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato* (I, *L'idea individuale*, 1911, ripubblicato nel 1939 col titolo *Individualismo e diritto privato*; II, *Storicismo e diritto privato*, scritto nel 1915 ma edito soltanto nel 1940); *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno* (1934); e i molti saggi riuniti nel 1949 nel vol. *Studi storici di filosofia del diritto*.

⁴⁰ Del Donati v. *L'elemento formale nella nozione del diritto* (1907), e, più tardi, *Essenza e finalità della scienza del diritto* (1921) e *Fondazione della scienza del diritto* (1929).

tuttavia lontano dall'hegelismo e fedele ad una metafisica ontologista fondata sulla categoria della relazione⁴¹.

È singolare il ricorrere, presso pensatori diversi fra loro, dell'autodenominazione di « idealista ». In realtà l'« idealismo » di questi filosofi del diritto italiani del primo Novecento è soprattutto distacco dal positivismo, ed è da tenere ben distinto da quello degli idealisti in senso stretto, richiamantisi esplicitamente all'hegelismo, di cui si dirà più oltre. Tale distacco dal positivismo assume anzi talvolta il nome antitetico a quello di idealismo, e si definisce « realismo », come nel caso del siciliano Francesco Orestano (1873-1945), contrario all'idealismo neohegeliano non meno che al positivismo fenomenistico⁴².

Non è il caso, comunque, di scendere qui in particolari circa queste dottrine, che oggi per noi sono soprattutto il documento di quella svolta della cultura italiana di cui si è detto, che dal dominio incontrastato del positivismo condusse a quello altrettanto esclusivo dell'idealismo neohegeliano. In questo processo storico la filosofia del diritto seguì peraltro un itinerario suo proprio, perché in gran parte approdò all'idealismo dopo aver compiuto l'esperienza della critica neokantiana: fu questa che, nella filosofia giuridica, pose in crisi il positivismo con la rivendicazione dell'*a priori* tanto logico quanto etico, e che con ciò aprì la via agli svolgimenti immanentistici e storicistici dell'idea della creatività del pensiero.

Avvertita già chiaramente dal Petrone nella sua opera giovanile sulla filosofia del diritto tedesca, l'azione del neokantismo, in qualche modo presente un po' presso tutti gli scrittori di cui ora si è detto, si manifestò dichiaratamente nell'opera dell'avellinese Alfredo Bartolomei (1874-

⁴¹ Del Cicala v. *Il rapporto giuridico* (1909); *Introduzione alla teoria dell'essere. Le relazioni ontotetiche* (1922); *Punto di partenza e di arrivo dell'idealismo attuale* (1924); *Filosofia e diritto. I sommarii* (1924-1926).

⁴² Dell'Orestano v. *Prolegomeni alla scienza del bene e del male* (1915); *Nuovi principi* (1925); *Filosofia del diritto* (1940).

1954), che si ricollega, anche se con qualche incertezza, alla « filosofia dei valori » della scuola kantiana sud-occidentale tedesca. In essa appare ormai precisa la coscienza della necessità del metodo critico per comprendere i fatti al di là della loro nuda fenomenicità⁴³. Senonché il Bartolomei non sviluppò adeguatamente i motivi kantiani, e riassorbì in parte quelli positivistici orientandosi verso un impreciso « metodo storico » che si richiamava, al solito, al Vico, paravento di ogni eclettismo italiano, e che parve al Bartolomei consentire un'interpretazione storica della sociologia⁴⁴. Neppure questa, che era apparsa una vera impostazione critica della filosofia del diritto, seppe superare dunque tutti i residui positivistici.

7. Del Vecchio.

Colui che, nel primo decennio del Novecento, determinò la crisi definitiva della filosofia del diritto positivistica in Italia, restaurandovi gli studi filosofico-giuridici allora alquanto screditati e promuovendo di questi un fecondo rifiorimento (anche se poi esso prese per gran parte altre vie) fu il bolognese Giorgio Del Vecchio (n. 1878), la cui opera ebbe grande diffusione in ogni parte del mondo.

In anni ancora dominati pressoché incontrastatamente dal positivismo l'apparizione successiva di tre opere del Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto* (1905), *Il concetto del diritto* (1906), *Il concetto della natura e il principio del diritto* (1908)⁴⁵, sconvolsero il mondo degli studi filosofico-giuridici italiani, in cui, co-

⁴³ Ciò soprattutto in *Lineamenti di una teoria del giusto e dell'ingiusto con riguardo delle quistioni metodologiche odierne* (1901).

⁴⁴ V. a questo proposito *Introduzione alle scienze sociali* (1906).

⁴⁵ Le idee fondamentali della filosofia giuridica del Del Vecchio sono esposte inoltre nelle diffusissime *Lezioni di filosofia del diritto* del 1930, di cui già preesistevano redazioni litografate e di cui si sono susseguite poi 13 edizioni.

me abbiamo visto, fermenti antipositivistici covavano ma non trovavano la via per svilupparsi, e risvegliarono anche molti positivisti da quello che ben si potrebbe dire kantianamente il loro sonno dogmatico. Ebbe inizio in tal modo in Italia — così come avvenne in Germania con lo Stammler — quel capovolgimento dell'impostazione del problema filosofico del diritto che sarà poi radicalmente sviluppato dagli idealisti neohegeliani: il diritto venne osservato cioè non dalla parte dell'oggetto, come fenomeno che il pensiero passivamente conosce, ma dalla parte del soggetto, in relazione ad un'attività, entro limiti più o meno ampi creatrice, del pensiero dell'uomo.

Alla filosofia giuridica il Del Vecchio pone un problema preliminare: quello della possibilità della determinazione del concetto del diritto. È questa la prima delle tre ricerche proprie, come già avevano ritenuto il Vanni e il Petrone, della filosofia del diritto, la ricerca *logica*, quella *fenomenologica*, e quella *deontologica*⁴⁶; ed essa si pone in questi termini: « è possibile una determinazione obiettiva (ossia universalmente valevole) di ciò che è il diritto? E, se è possibile, quali ne sono le condizioni metodiche, cioè *come* è essa possibile? »⁴⁷.

Per il Del Vecchio il concetto universale del diritto è anteriore logicamente ai fenomeni empirici conosciuti come giuridici, non nel senso che esso sia innato, ma in quanto l'universale è la condizione di conoscibilità del particolare: è, secondo la terminologia kantiana, trascendentale. Valgono naturalmente contro questa concezione del concetto del diritto come forma *a priori* dell'esperienza giuridica le obiezioni che abbiamo vedute essere state mosse all'analoga teoria dello Stammler; ma senza dubbio essa fa valere, di contro all'oggettivismo ingenuo dei positivisti, il grave argomento che qualsiasi indagine intorno ai

⁴⁶ Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, pp. 192-194 della 13ª ediz., Milano, 1965.

⁴⁷ Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, p. 12.

fenomeni giuridici presuppone la nozione della giuridicità di essi; e pone l'indeclinabile problema del valore dell'attività ordinatrice — ma sostanzialmente creatrice — del soggetto, giacché « senza la forma che gli dà l'essere, il diritto non sarebbe il diritto »⁴⁸, e questa forma gliela dà il pensiero.

Filosofia del diritto è dunque per il Del Vecchio considerazione esclusivamente *formale* del diritto stesso: determinazione appunto della *forma* logica della giuridicità. Ciò lo pone anzitutto davanti al classico problema della distinzione del diritto dalla morale, che egli risolve considerando l'uno e l'altra manifestazioni diverse di un medesimo principio « etico » — che viene supposto dato⁴⁹ —, cioè di un principio « al quale facciamo capo le estimazioni e le norme tutte dell'operare »⁵⁰. Tale principio dà luogo ad un duplice ordine di valutazione dell'operare: uno che determina quali fra le azioni che il soggetto può compiere sono conformi al principio etico, e non incompatibili fra loro, *in relazione al soggetto stesso*; e un altro, che considera le azioni in una relazione *obiettiva*, ossia con riferimento, invece che alle altre azioni del soggetto operante, alle azioni di altri soggetti⁵¹.

In questa relazione « obiettiva », all'azione del soggetto si contrappone non più l'omissione da parte del soggetto medesimo (come è secondo l'ordine morale), bensì l'impedimento da parte di altri soggetti: « se si afferma che una data azione è, in questo senso obiettivo, conforme al principio etico, si afferma con ciò soltanto che non deve avvenire *da parte di altri* un'azione incompatibile con essa: ciò che un soggetto può fare *non deve essere impedito* da un altro soggetto. Il principio etico in questa

⁴⁸ Ivi, p. 133.

⁴⁹ V. a questo proposito *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, 1908, p. 80.

⁵⁰ Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, p. 60; *Lezioni di filosofia del diritto* cit., p. 225.

⁵¹ Ivi.

forma tende dunque ad istituire un coordinamento obiettivo dell'operare, e si traduce in una serie correlativa di *possibilità e impossibilità* di contegno *rispetto a più soggetti*. Questo coordinamento etico obiettivo è il campo del diritto »⁵².

Tutte le altre norme (le cosiddette norme « sociali », o del costume) si riducono necessariamente, secondo il Del Vecchio, all'una o all'altra delle due categorie di norme ora descritte: soggettive ed oggettive, ossia morali e giuridiche⁵³; un problema della determinazione del diritto rispetto ad esse quindi non sussiste.

Il diritto viene così ad essere definito « la coordinazione obiettiva delle azioni possibili tra più soggetti, secondo un principio etico che le determina, escludendo l'impedimento »⁵⁴. Tale definizione richiama manifestamente quella kantiana; ma in quest'ultima il principio etico era specificato come legge universale di libertà, sicché essa configurava un ideale, e non un concetto puramente logico riferibile a qualsiasi sistema giuridico⁵⁵.

Dal concetto espresso in questa definizione il Del Vecchio, sempre sforzandosi di rimanere sul piano formale, deduce i « caratteri differenziali » del diritto (tra i quali essenziale la coercibilità) e tutti i concetti giuridici fondamentali propri della teoria generale del diritto, riassorbendo questa nella filosofia come sviluppo della « ricerca logica »: procedimento che è stato variamente giudicato, ma che ha dato luogo a una caratteristica prassi nell'insegnamento della filosofia del diritto nelle università italiane.

Alla ricerca logica devono accompagnarsi secondo il Del Vecchio quelle fenomenologica e deontologica. La ricerca fenomenologica, studio misto di filosofia della storia

⁵² Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto* cit., p. 225; *Il concetto del diritto* cit., pp. 61-62.

⁵³ Del Vecchio, *Il concetto del diritto* cit., p. 62 nota; *Lezioni di filosofia del diritto* cit., pp. 226-227.

⁵⁴ Del Vecchio, *Il concetto del diritto* cit., p. 150.

⁵⁵ Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto* cit., p. 212.

del diritto e di sociologia giuridica, non è fra gli aspetti più notevoli del suo pensiero: essa dovrebbe consistere nella determinazione delle linee generali dello svolgimento storico del diritto, che dimostrerebbero la tendenza degli ordinamenti giuridici positivi ad una progressiva adeguazione all'ideale della giustizia, in quanto nel corso del tempo emergerebbero, sarebbero riconosciute, e a poco a poco si attuerebbero le prerogative essenziali della persona umana ⁵⁶.

Questo fine che il Del Vecchio riconosce nello svolgimento storico del diritto — o piuttosto assegna ad esso — indica quale sia la sua prospettiva riguardo al problema « deontologico », ossia di ciò che il diritto dovrebbe essere: in altre parole, al problema della giustizia. In questa materia, da un'iniziale posizione kantiana il Del Vecchio si è venuto via via avvicinando a quella del giusnaturalismo cattolico: mediante l'attribuzione di un significato sempre meno formale e più contenutistico al concetto di *persona*.

Il Del Vecchio dichiara « legge etica fondamentale » il dovere di operare « non come mezzo o *veicolo* delle forze della natura, ma come essere autonomo, avente la qualità di principio e fine..., non come individuo empirico (*homo phaenomenon*), determinato da passioni e affezioni fisiche, ma come io razionale (*homo noumenon*), indipendente da esse » ⁵⁷. Il concetto, e la stessa terminologia, sono kantiani, e del resto il richiamo al Kant è esplicito ⁵⁸.

Nel campo dell'« etica oggettiva », ossia del diritto, da questa concezione della *natura* (nel senso di *essenza*) dell'uomo, discende logicamente il diritto soggettivo a non essere costretto ad accettare un rapporto con altri che non dipenda anche dalla propria determinazione; e questo diritto soggettivo costituisce il « principio, o idea-limite, di un diritto proprio universalmente della persona, insito

⁵⁶ Ivi, pp. 350-351.

⁵⁷ Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del diritto* cit., p. 72.

⁵⁸ Ivi, nota.

in essa e non esauribile mai in alcun rapporto concreto di convivenza »⁵⁹. Il Del Vecchio non esita a chiamare tale diritto « diritto naturale », considerandolo « anteriore ad ogni applicazione e ad ogni rapporto sociale » — di cui esso è anzi la legge⁶⁰ —, ed indipendente dal rispetto che un ordinamento giuridico positivo ne compia⁶¹.

Ciò comporta che *concetto* e *idea* del diritto non coincidano necessariamente: non tutto ciò che è *giuridico*, ossia che rientra nella forma logica del diritto, è *giusto*, ossia risponde al principio che del diritto costituisce la vera idea. Ad esempio, l'istituto della schiavitù, pur essendo giuridico, « paragonato all'idea del diritto intrinseco di ogni uomo, raffrontato, cioè, nel suo *contenuto* al *contenuto* di quest'idea, ne rappresenta una violazione o piuttosto una negazione diretta »⁶². L'*idea* del diritto non è quindi puramente formale (come è invece il concetto): essa ha un contenuto, e a tale contenuto è ragguagliabile quello degli istituti giuridici positivi.

Tale posizione è maggiormente chiarita in un'opera assai nota — fondamentale anche per le notizie storiche e bibliografiche —, *La giustizia* (1923). Riconosciuta la possibilità di una concezione puramente formale della giustizia, il Del Vecchio ne afferma l'insufficienza, per l'impossibilità di una sua applicazione particolare e concreta: una giustizia formalmente intesa altro non è che giuridicità, e non esprime valori, mentre l'uomo, nell'esperienza del diritto, prova l'esigenza di questi come *esigenza assoluta*. Proprio per questo la considerazione deontologica del diritto, pur avendo la stessa radice di quella logica, è cosa diversa da questa⁶³.

L'orientamento giusnaturalistico del Del Vecchio lo aveva condotto pochi anni prima ad una presa di posizione,

⁵⁹ Ivi, p. 85.

⁶⁰ Ivi, p. 86.

⁶¹ Ivi, pp. 86-90.

⁶² Ivi, p. 88.

⁶³ Del Vecchio, *La giustizia*, pp. 121-124 della 6ª ediz., Roma, 1959.

in tema di interpretazione del diritto, che ebbe vasta eco fra i giuristi italiani, tutti allora fedeli al giuspositivismo: di cui uno dei principi fondamentali è, come abbiamo visto, quello dell'autointegrazione dell'ordinamento giuridico. Nella prolusione che il Del Vecchio tenne nel dicembre 1920 all'università di Roma, quando passò a questa da quella di Bologna, sostenne che i « principii generali di diritto », secondo i quali, a norma dell'art. 3 delle preleggi al codice civile del 1865, il giudice doveva decidere in caso di lacuna della legge e impossibilità di ricorso all'analogia, dovevano intendersi come « quei principî di ragion giuridica naturale, che costituiscono i capisaldi per la definizione di ogni rapporto umano e sociale »⁶⁴. Conseguentemente il Del Vecchio criticò il testo che il nuovo codice, ispirato all'idea, propria del regime politico del tempo, del totale controllo della vita individuale e sociale da parte dello Stato, sostituì a quello del detto art. 3, stabilendo nel corrispondente art. 12 che nei casi rimasti dubbi si decida — conformemente al principio giuspositivistico dell'autointegrazione — « secondo i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato »⁶⁵.

In sede teorica infatti il Del Vecchio sostenne sempre, seguendo un giusnaturalismo che da quello kantiano andò avvicinandosi a quello tomistico, il limite al potere dello Stato costituito dai diritti naturali dell'individuo (o della « persona »). Nella prospettiva ideale di uno « Stato di giustizia » la cui ragione prima è la tutela di tali diritti⁶⁶, egli respinge quindi ogni teoria che ponga lo Stato al di sopra o al di fuori del limite giuridico costituito dalla sua intima ragione d'essere, l'attuazione della giustizia, in quanto solo da questa sua missione esso trae la propria

⁶⁴ Del Vecchio, *Sui principî generali del diritto* (1921) ora in *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958, di cui v. p. 269.

⁶⁵ Del Vecchio, *Riforma del Codice civile e principî generali del diritto*, ivi.

⁶⁶ Del Vecchio, *La giustizia* cit., pp. 127-129.

autorità⁶⁷; anzi, di uno Stato che agisca in contrasto con la giustizia il Del Vecchio giunge a parlare come di « Stato delinquente »⁶⁸. La giustizia è da lui affermata perciò « valida ed efficace anche *contro* un sistema giuridico positivamente vigente » quando questo contrasti irreparabilmente con le esigenze elementari della giustizia che sono le ragioni della sua validità: è legittima allora « la rivendicazione del diritto naturale contro il positivo che lo rinneghi »⁶⁹.

8. Ravà.

Al neokantismo, ed in particolare al Windelband, si riconnette anche la dottrina del romano Adolfo Ravà (1879-1957), pensatore lucidissimo ed acutamente critico, e anch'egli maestro di grande efficacia. Studioso dello Spinoza e del Fichte, egli tese a trapassare dal kantismo ad un idealismo etico di cui vide strumento realizzatore lo Stato; ma la concezione del diritto da cui mosse si richiama direttamente al Kant, imperniata com'essa era sulla distinzione fra imperativi categorici e imperativi tecnici, cioè fra norme etiche, di validità assoluta, e norme da seguire solo se ci si proponga un dato scopo, come è nel caso delle arti e delle scienze applicate.

Il Ravà infatti, davanti al consueto problema della distinzione del diritto dalla morale, lo imposta come problema dell'appartenenza del diritto all'una od all'altra di

⁶⁷ Del Vecchio, *Etica, diritto e Stato*, nel vol. *Saggi intorno allo Stato*, Roma, 1935, pp. 168-169. Nello stesso volume, nel saggio *Individuo, Stato e corporazione*, v. il tentativo di fare rientrare nel concetto di Stato di diritto lo « Stato corporativo » fascista (p. 134 ss.).

⁶⁸ Del Vecchio, *Lo Stato delinquente* (1962), ora in *Parerga*, II.

⁶⁹ Del Vecchio, *La giustizia* cit., pp. 167-168. Ma le idee del Del Vecchio circa il diritto naturale appaiono in numerosi suoi scritti: fra quelli dedicati espressamente a tale argomento v. *Dispute e conclusioni sul diritto naturale* (1948), *Essenza del diritto naturale* (1952), e *Mutabilità ed eternità del diritto naturale* (1952), gli ultimi due ora in *Studi sul diritto*, I e II.

queste due specie di norme; e, escluso che il diritto possa essere norma etica (perché ciò lo risolverebbe nella morale annullandone l'autonomia⁷⁰, perché sono inconcepibili diritti soggettivi etici in quanto l'etica determina il doveroso, non il lecito⁷¹, e infine perché la coercibilità propria del diritto è incompatibile con l'etica⁷²), conclude che il diritto non può essere se non norma tecnica.

Del carattere tecnico del diritto — cioè della sua ordinazione ad un fine determinato, non assoluto — il Ravà tratta a lungo in un libro che ha per titolo appunto *Il diritto come norma tecnica* (1911); ma la giustificazione della sua tesi è condensata nella definizione del diritto come « l'insieme di quelle norme le quali prescrivono la condotta che è necessario sia tenuta dai componenti la società acciocché la società stessa possa esistere »⁷³.

Viene così inserita nella tematica kantiana un'esperienza storico-filosofica che va da Aristotele, Cicerone e Dante al Jhering e alla sociologia; anche il perenne ricorrere della teoria del diritto naturale è spiegato dal Ravà col fatto che, pur variando le condizioni d'esistenza della società umana, certe necessità « naturali » di essa permangono, e che pertanto si possono determinare le regole, « naturali » appunto, del soddisfacimento di esse⁷⁴.

L'affermazione della tecnica, ossia dell'ipotesicità, della norma costituita dal diritto farebbe supporre la relatività, e quindi la non-eticità, del fine costituito dall'esistenza della società. Ma quello del Ravà non è puro tecnicismo: « il puramente giuridico, cioè il tecnicismo per il solo mantenimento della società, appare... come un puro concetto teorico e astratto, che può servire di criterio e di riscontro per la realtà, ma che la realtà non può per sua natura adeguare

⁷⁰ Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, ora in *Diritto e Stato nella morale idealistica*, Padova, 1950, di cui v. pp. 18-24.

⁷¹ Ivi, pp. 25-28.

⁷² Ivi, pp. 28-31; cfr. p. 50.

⁷³ Ivi, p. 36.

⁷⁴ Ivi, pp. 51-52.

giammai » ⁷⁵. Il diritto ha in sé esigenze etiche, perché valore etico ha, o piuttosto può averlo, la società in quanto fine: e il riconoscimento della natura tecnica del diritto non pregiudica la possibilità del valore etico del suo fine, valore che si riverbera sul diritto stesso a tale fine ordinato ⁷⁶.

Dalla posizione del Kant si trapassa così a quella del Fichte: « l'etica illumina e guida e domina tutta la vita del diritto, la quale non può essere per conseguenza affidata che ad un organismo etico » ⁷⁷. E questo organismo è lo Stato, « organo del diritto », ma che ha fini etici propri, anche se ha forma giuridica ⁷⁸.

La filosofia del diritto neokantiana italiana non si arresta insomma sulla posizione formalistica, e tende a darsi un contenuto: che per il Del Vecchio è, alla fine, quello del giusnaturalismo cattolico, per il Ravà quello di una morale « idealistica » — come egli stesso l'ha chiamata, ma senza riferimento all'idealismo neohegeliano — in cui « le formule vuote delle norme debbono empirsi di un contenuto di vita vissuta: ciò che deve essere bisogna che si compenetri intimamente con ciò che è,... l'idea deve divenire realtà » ⁷⁹. Esperto, d'altra parte, della giuridicità e della relatività della società, il Ravà, più coerente di tanti codificatori del diritto naturale, pone l'ideale supremo della morale nell'utopia, in un'idealità cioè « che non può raggiungersi se non attraverso un'opera e con un cammino infiniti » ⁸⁰.

⁷⁵ Ivi, p. 92.

⁷⁶ Ivi, pp. 92-93.

⁷⁷ Ivi, p. 93.

⁷⁸ Oltre i capp. VII e VIII di *Il diritto come norma tecnica*, v. *Lo Stato come organismo etico* (1914), ora figurante come parte II di *Diritto e Stato nella morale idealistica* cit.

⁷⁹ Ravà, *Lo Stato come organismo etico*, in *Diritto e Stato nella morale idealistica* cit., pp. 133-134.

⁸⁰ Ivi, p. 134.

9. *L'idealismo italiano neobegeliano.*

Il neokantismo, in quanto strumento di critica del positivismo, fu, in Italia, fenomeno caratteristico della filosofia del diritto. Nel più vasto campo della filosofia, anzi della cultura, il predominio del positivismo fu distrutto dall'idealismo, che vi sostituì il proprio, destinato a sussistere fin verso la metà del secolo; e ciò per opera di due pensatori ispirantisi, anche se in diverso modo, allo Hegel, Benedetto Croce e Giovanni Gentile.

Quanto alla filosofia del diritto però, l'apporto speculativo dei due capiscuola dell'idealismo italiano fu assai limitato; anzi fu negativo, perché da entrambi, seppur con argomentazioni diverse, il problema filosofico del diritto fu eliso. Il che non toglie che quanto fu sostenuto da essi abbia grande importanza, sia perché tale elisione è pur sempre una soluzione, sia perché i filosofi del diritto discepoli del Croce e del Gentile si trovarono di fronte ad un nuovo problema, quello di recuperare alla filosofia l'oggetto del loro studio, così radicalmente eliminato dai loro maestri: problema nuovo, in realtà, solamente quanto alla sua impostazione, perché non diverso era stato quello dei filosofi del diritto positivisti, ai quali del pari i loro maestri avevano distrutto l'oggetto delle loro ricerche. I positivisti avevano dissolto la filosofia del diritto nella sociologia, gli idealisti la dissolvevano nella filosofia dell'economia o nella morale; si trattava, nell'un caso e nell'altro, di indagare se questa dissoluzione era giustificata, e se per avventura non fosse proprio essa il segno dell'inaccettabilità della filosofia che la comportava.

La negazione crociana e gentiliana della filosofia del diritto servì in ogni caso da stimolo, ed in effetti valse a fare approfondire la speculazione filosofica intorno al diritto, facendola uscire dall'eclettismo che in Italia l'aveva da tempo caratterizzata. Vedremo nel capitolo dedicato alle dottrine contemporanee le manifestazioni ed i frutti di questo lavoro, la cui impronta nella filosofia del diritto

italiana è ancor oggi profonda, anche presso chi dall'idealismo si è allontanato, presso chi lo ha combattuto, e, magari senza ch'essi lo avvertano interamente, presso i piú giovani, cresciuti fuori ormai del suo clima.

Effetti non trascurabili l'atteggiamento dei filosofi del diritto idealisti riguardo al diritto ebbe anche quanto ai rapporti tra filosofia e scienza giuridica. Quest'ultima, differentemente dalle altre forme di cultura italiane, non risentì quasi affatto dell'idealismo; ed il solco tra essa e la filosofia, già scavato per tutt'altre ragioni dal positivismo sia filosofico sia giuridico, si approfondí ancor di piú. La scienza giuridica, guardata dagli idealisti con un certo disprezzo in quanto attività « empirica » e « naturalistica », accentuò maggiormente proprio questi suoi caratteri, menandone vanto di fronte ad una filosofia che i giuristi consideravano fumosa e vaniloquente e che facevano oggetto di sarcasmi, spesso dettati da superficialità. Ne derivò danno tanto alla filosofia quanto alla scienza giuridica: la prima andò perdendo il contatto con la concreta esperienza del diritto, la seconda rimase su posizioni di oggettivismo ingenuo ed acritico.

10. *Croce.*

Benedetto Croce, nato a Pescasseroli in Abruzzo nel 1866, e morto a Napoli, dove sempre visse, nel 1952, aveva seguito in gioventú, senza portarli a termine, gli studi di giurisprudenza. Ma assai piú che di questi, che fin da principio non gli si rivelarono congeniali, si giovò negli anni giovanili della consuetudine con il maggiore studioso italiano del Marx di quel tempo, Antonio Labriola, che lo indirizzò appunto alla conoscenza del pensiero marxiano; e da questo, che pure criticò severamente in quanto dottrina filosofica, il Croce trasse l'idea del momento « economico » dell'attività umana, elemento fra i piú fecondi della sua dottrina. Insieme col Marx, agirono poi profondamente sul suo pensiero il De Sanctis, lo Hegel e il Vico.

Scrittore fecondissimo, il Croce fu autore di opere di filosofia, di storia, di critica letteraria, che ebbero eco vastissima nella cultura italiana, e, soprattutto quanto alle opere di estetica, anche in quella straniera; e prese parte alla vita politica, esercitandovi non poca influenza anche quando, nel periodo fascista, se ne ritirò: al suo insegnamento e al suo esempio guardarono infatti sempre gli oppositori del regime. In particolare alcune opere, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915* (1928), *Storia d'Europa nel secolo XIX* (1932), *La storia come pensiero e come azione* (1938), ispirate a quella che il Croce chiamò « religione della libertà », furono i testi ispiratori di tutto l'antifascismo di orientamento liberale.

La filosofia crociana non nacque come dottrina sistematica, anche se finì con l'assumere la forma del sistema, col nome di « filosofia dello Spirito »⁸¹, ma si sviluppò attraverso ricerche particolari, dettate soprattutto dai problemi dell'arte e della storia. La « filosofia dello Spirito » anzi non è generalmente considerata la parte più feconda e più vitale dell'opera del Croce, per lo meno se intesa in quanto sistema; è tuttavia necessario che qui ci riferiamo ad essa, perché è nel suo quadro che ha luogo la negazione, a cui abbiamo poco fa accennato, del diritto come oggetto di considerazione filosofica.

Per il Croce lo Spirito, che è tutta la realtà, è uno, ma la sua unità non esclude distinzioni, anche se queste si implicano l'una con l'altra. Distinte sono anzitutto l'attività teorica e l'attività pratica; e nell'ambito di ciascuna di esse si ha poi una distinzione ulteriore, secondo che l'attività dello spirito sia corrispettiva all'individuale oppure all'universale. Nell'ambito dell'attività teoretica si hanno così i due momenti « distinti » della conoscenza dell'individuale (momento estetico) e della conoscenza dell'uni-

⁸¹ La *Filosofia dello Spirito* è costituita dai quattro volumi *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale* (1902), *Logica come scienza del concetto puro* (1905), *Filosofia della pratica. Economica ed etica* (1909), *Teoria e storia della storiografia* (1917).

versale (momento logico); nell'ambito dell'attività pratica, quello della volizione dell'individuale (momento economico) e quello della volizione dell'universale (momento etico).

Ora il diritto, che in quanto attività volitiva appartiene alla sfera pratica, non trova in essa una collocazione autonoma: tale sfera si articola, come si è detto, nei due momenti dell'economicità e dell'etica, e non vi è posto per un terzo momento distinto da questi due. Il diritto non può essere perciò che economia od etica; ed il Croce ritiene che l'attività giuridica non abbia carattere etico, sia perché si possono pensare diritti ed azioni giuridiche immorali, sia perché tutta la storia del pensiero attesta la coscienza della differenza fra diritto e morale: « onde l'attività giuridica si rivela come un'attività pratica che non è per sé né morale né immorale; quantunque possa, secondo i casi, venir giudicata nell'un modo e nell'altro: un'attività che, per sé presa, è amorale o aetica »⁸².

Non v'è altra possibilità quindi — entro lo schema dei quattro « distinti » — che risolvere l'attività giuridica in quella economica; ed è ciò che il Croce fece in una memoria del 1907, che ha per titolo appunto *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*. La volontà giuridica appare del resto al Croce indirizzata all'utilità, alla quale corrisponde il momento « economico » dello spirito (che si riferisce all'utilità nel senso di perseguimento di un fine genericamente non etico, ossia non universale, ma non per questo necessariamente egoistico od immorale)⁸³.

Non è possibile quindi una filosofia *del diritto*: questa non è « isolabile dall'organismo della filosofia »⁸⁴, ed entro tale organismo non ha autonomia. Questa tesi fu ripresa

⁸² Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, II, 4 (p. 41 della 2ª ediz., Napoli, 1926); *Filosofia della pratica*, III, 5 (p. 367 della 2ª ediz., Bari, 1915).

⁸³ Ivi, II, 4-5 (pp. 41-44).

⁸⁴ Croce, *Conversazioni critiche*, I, Bari, 1918, p. 244.

dal Croce due anni dopo (1909) nella *Filosofia della pratica*⁸⁵, dove è preceduta da una radicale critica del diritto come legge: tema che appariva già nella *Riduzione*⁸⁶, ma che è svolto fino alle sue conseguenze estreme nella terza parte (*Le leggi*) di questo che è il terzo volume della *Filosofia dello Spirito*.

La legge, che il Croce definisce « un atto volitivo che ha per contenuto una serie o classe di azioni »⁸⁷, non è da lui trattata sotto lo specifico aspetto della legge giuridica comunemente intesa. Proprio per la sua natura espressa dalla detta definizione essa infatti può riferirsi a qualunque schema generale di azioni possibili, compresi i programmi di azione individuali, e non implica neppure il riferimento a una società. Donde l'eliminazione di ogni differenza fra tipi diversi di leggi, « giuridiche » o « sociali » o in qualsiasi altro modo distinte, e l'equiparazione, sotto l'aspetto logico-filosofico, delle leggi di qualsiasi ente, dalla *Magna Carta* allo statuto della mafia o della camorra, dalle regole monastiche a quelle della vita galante⁸⁸: tesi — già accennata nella *Riduzione*⁸⁹ — che veniva incontro, per via speculativa, a quelle a cui per via empirica in quel tempo stavano pervenendo i giuristi sociologi e qualche filosofo del diritto positivista, come il Levi, e che doveva avere poi importanti sviluppi anche nella scienza giuridica italiana.

In ogni modo, « giuridica » o no che essa sia considerata, la legge, in quanto volizione di una *classe* di azioni, è volizione di un astratto; e giacché « volere un astratto vale quanto astrattamente volere; e volere astrattamente non è veramente volere », la legge è « una pretesa volizione: contraddittoria, perché priva di situazione unica e determinata; ineffettiva, perché sorgente sul terreno medesimo

⁸⁵ Croce, *Filosofia della pratica* cit., III, 5 (p. 367 ss.).

⁸⁶ Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* cit., II, 7-8 (pp. 46-52).

⁸⁷ Croce, *Filosofia della pratica* cit., III, 1 (p. 323).

⁸⁸ Ivi (p. 331).

⁸⁹ Croce, *Riduzione* ecc. cit., II, 7 (p. 47).

di un concetto astratto: volizione, insomma, non voluta; atto volitivo non reale, ma irrealе »⁹⁰.

Reale è infatti soltanto la volizione dell'atto singolo che si compie eseguendo la legge; e questa esecuzione ognuno la compie individualmente a proprio modo e per propri motivi, sicché la *attuazione* della legge come tale non è mai possibile, anche se si agisca tenendo conto in un modo o nell'altro di essa⁹¹. Il che non significa che la legge sia inutile; essa è anzi sempre necessaria all'azione, perché, quantunque volizione non reale, essa è « preparatoria alla volizione sintetica e perfetta » che ha luogo nell'atto singolo⁹². Il Croce assegna alla legge nell'ambito dello spirito pratico la stessa posizione che nell'ambito dello spirito teoretico attribuisce a quelli ch'egli chiama « pseudoconcetti », cioè alle rappresentazioni conoscitive generali ed astratte, non individuali ma neppure universali (come quelle di cui si servono le scienze naturali, del tipo « il gatto » o « il triangolo »): che a suo giudizio non costituiscono conoscenza vera, ma hanno tuttavia una loro funzione in quanto « sorreggono la memoria e agevolano il pensiero ad orientarsi innanzi al multiforme spettacolo del mondo »⁹³. « I medesimi pseudoconcetti, fatti oggetto di volizione e mutati da schemi in leggi, adempiono analogo ufficio nello spirito pratico, rendendo possibile alla volontà di volere in un certo indirizzo, dove poi s'incontrerà l'azione utile, che è sempre individualistica »⁹⁴.

Assertore del più rigoroso storicismo, il Croce, che scriveva in tempi in cui del diritto naturale non si prospettava altra concezione se non quella tradizionale del codice universale eterno e immutabile, superiore ed insensibile alla storia, non poteva essere che radicalmente anti-

⁹⁰ Croce, *Filosofia della pratica* cit., III, 3 (p. 346).

⁹¹ Ivi (pp. 346-351).

⁹² Ivi (p. 351).

⁹³ Ivi, e, più ampiamente, *Logica*, I, I, 1 (p. 17 ss. della 2ª ediz., Bari, 1909).

⁹⁴ Ivi (p. 352).

giusnaturalistica. Idealisticamente e storicisticamente antiluminista, egli è in sospetto verso tutti i tentativi di proiettare fuori della storia ideali morali astratti; e si dichiara grato al Marx di avergli insegnato a non confidare « nei sermoni moralistici e nelle ideologie e ciarle illuministiche », rendendolo insensibile « alle alcinesche seduzioni (Alcina, la decrepita maga sdentata, che mentiva le sembianze di florida giovane) della Dea Giustizia e della Dea Umanità »⁹⁵. Costante rimase la sua insofferenza per gli atteggiamenti della « gente che per avventura ha i suoi buoni motivi per porre la moralità fuori della storia, ben in alto, la quale posizione ne agevola la riverenza da lontano e l'inosservanza da vicino »⁹⁶.

E certo al Croce, per il quale la realtà è storia, il diritto naturale come era allora inteso non poteva non apparire inconcepibile: « se al Diritto naturale », egli scriveva, « si lasciasse fare quel che esso annunzia, se Dio permettesse che gli affari della Realtà fossero amministrati secondo le astratte idee degli scrittori e dei professori, si vedrebbe, con la formazione e applicazione del Codice eterno, arrestarsi di colpo lo Svolgimento, concludersi la Storia, morire la Vita, disfarsi la Realtà »⁹⁷.

Così come rifiuta il codice eterno, il diritto naturale oggettivo, il Croce, pur maestro di liberalismo (ma di un liberalismo radicato nella storia, e non astrattamente razionalistico), respinge la teoria dei diritti naturali soggettivi e qualsiasi determinazione di questi⁹⁸. Ancora nel 1947, quando, per reazione alle iniquità dei regimi totalitari, dottrine giusnaturalistiche rifiorirono, ad un questionario circa i problemi teorici che la redazione di una dichiarazione internazionale dei diritti dell'uomo avrebbe potuto solle-

⁹⁵ Croce, *Materialismo storico ed economia marxistica*, Prefazione alla terza edizione (p. XIV della 5ª ediz., Bari, 1927).

⁹⁶ Croce, *La storia come pensiero e come azione*, Avvertenza (pp. VII-VIII della 6ª ediz., Bari, 1954).

⁹⁷ Croce, *Filosofia della pratica* cit., III, 2 (p. 339).

⁹⁸ Ivi (pp. 340-341).

vare, egli risponderà asciuttamente che non si sarebbe potuto formulare una dichiarazione di diritti, o bisogni, che non fossero storici, propri di questa nostra epoca⁹⁹.

L'ostilità del Croce verso il giusnaturalismo era peraltro dettata esclusivamente dall'antistoricismo e dall'astrattismo di questo, che pretendeva di determinare il contenuto immutabile del dettame della ragione. Un diritto naturale puramente formale non era invece, per lui, cosa diversa dall'etica; e quindi pienamente legittimo egli giudicava « il tentativo di superare il contingente e transitorio dei concetti giuridici e raggiungere i principî della filosofia della pratica, eterni bensì e immutevoli, ma non più leggi, perché puramente formali. I cosiddetti trattati di Diritto naturale sono, in questo caso, nient'altro che trattazioni (talvolta anche pregevoli) di Etica »¹⁰⁰. E qui si può rilevare come, oltre che dal motivo storicistico di fondo, il Croce sia guidato anche da quello della negazione della realtà del diritto in quanto per sua essenza generale ed astratto: il diritto naturale è ammissibile infatti in quanto cessi di essere, oltre che antistoria, legge; soltanto superando nell'etica la sua generalità contenutistica e legalistica esso diventa principio di azione e non mera precettistica astratta e irreale.

Si è già accennato alle reazioni che il totale annullamento del diritto come oggetto della filosofia compiuto dal Croce suscitò, anche fra i suoi seguaci. In realtà però la concezione crociana del diritto è difficilmente criticabile se non mettendo in discussione l'intero sistema della « filosofia dello spirito », cioè rifiutando la dottrina strettamente filosofica del Croce: come del resto fecero molti che pure aderivano all'indirizzo culturale facente capo a lui, giudicando artificioso e inconsistente lo schema sistematico dei quattro momenti « distinti » dello spirito. Lo stesso è da

⁹⁹ Croce, *I diritti dell'uomo e il momento storico presente*, nel vol. coll. *Dei diritti dell'uomo*, testi raccolti dall'UNESCO, Milano, 1952, pp. 133-135.

¹⁰⁰ Croce, *Filosofia della pratica*, cit., III, 2 (p. 340).

dirsi ora a proposito della dottrina riguardante il diritto dell'altro maestro dell'idealismo italiano del Novecento, il Gentile.

11. Gentile.

Giovanni Gentile, nato a Castelvetro in Sicilia nel 1875, ucciso a Firenze nel 1944, si ricollega allo Hegel assai più direttamente del Croce, che aveva risentito, come si è detto, anche di altre e varie influenze. Attraverso una « riforma della dialettica hegeliana » (tale è il titolo di una sua opera del 1913) egli costruisce la propria filosofia, costituita da un soggettivismo assoluto, o « *attualismo* », fondato sul principio che non può esservi realtà se non del *pensante*, cioè del soggetto *attuale* del pensiero. Il *pensato*, l'oggetto del pensiero, fuori dell'*atto* del pensiero non ha realtà.

Non hanno perciò realtà, se non nell'atto in cui il pensiero del soggetto assoluto li pensa, e pensandoli li fa essere, né Dio né la natura né i valori, e neppure — e questo è ciò che qui può interessarci di più — gli io empirici, i soggetti particolari, gli uomini insomma in quanto individui empiricamente esistenti. La molteplicità dei soggetti non è reale: perché i soggetti empirici, i vari io, sono oggetti dell'Io trascendentale, che li pone, ossia li crea, nell'atto in cui li pensa e pensandoli ne consuma l'individualità facendoli universali della sua universalità stessa.

Già questo fa comprendere come all'attualismo il problema del diritto non possa che essere estraneo, essendo il diritto, se è veramente diritto, relazione fra più soggetti o norma di relazione fra essi. Ed in effetti il Gentile, quando considera la società (argomento a cui dedicò la sua ultima opera, *Genesi e struttura della società*, scritta nel 1943 e apparsa postuma), risolve la società *inter homines* nella società *in interiore homine*¹⁰¹, nella società trascen-

¹⁰¹ L'argomento è già trattato nei *Fondamenti della filosofia del diritto*, IV, 7 (p. 75 ss. della 3^a ediz., Firenze, 1937).

dentale: una sorta di corpo mistico immanentisticamente concepito, in cui i piú sono consumati nell'unità del Soggetto assoluto. Come in tutta la filosofia del Gentile, si ha qui una concezione speculativa indubbiamente grandiosa, ma che si risolve in una vana retorica, negante l'esperienza della realtà effettuale.

Non è tuttavia dalla negazione della molteplicità dei soggetti che discende la negazione della realtà del diritto nella filosofia gentiliana. Come in quella del Croce, essa è compiuta in relazione alla dialettica dello spirito, cioè del soggetto assoluto. Abbiamo già detto che in tale dialettica solo momento reale è quello del pensiero in atto, del pensante, che è verità. Ora, afferma il Gentile in un'opera dedicata specificamente al nostro argomento, *I fondamenti della filosofia del diritto* (1916), come il pensiero in atto è verità, la volontà in atto è moralità: ossia è moralità la volontà che sia veramente tale, giacché la volontà non è volontà se non nell'atto del volere; essa crea insomma la moralità nell'atto in cui crea sé stessa¹⁰².

E come il pensiero pensante, pur non dovendo adeguare un oggetto esterno a sé, pure pone l'oggetto per attuare, pensandolo, sé stesso come soggetto, così la volontà volente, pur non dovendo volere un oggetto esterno a sé, pone l'oggetto per attuare sé stessa volendolo. Ma, come il pensato è il non-essere rispetto al pensare, così il voluto è irrealizzato rispetto al volere in atto: « il voluto, come volere già voluto, non è più volere, ma contenuto di volere »¹⁰³.

Ora questo voluto, « come volere già voluto, è il diritto in senso stretto, che si può dire una volontà già realizzata, diversa dalla morale »¹⁰⁴ (la quale morale è il volere in atto). Esso è il momento *astratto* del volere, che è necessario alla dialettica di questo, ma che di per sé non ha realtà: è la *legge*, che la volontà « risolve nella sua libertà », ossia

¹⁰² Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto* cit., Introduzione, 3-4 (pp. 7-9).

¹⁰³ Ivi, VI, 5 (p. 89).

¹⁰⁴ Ivi, VI, 6 (p. 90).

che la volontà liberamente vuole e che in quanto la vuole rifà realtà; facendola peraltro cessare d'essere legge, e rifacendola moralità. La legge è voluta dalla volontà; ma, voluta che sia, « non vi riconosciamo la nostra attività, che è libera..., e l'attribuiamo ad un'altra volontà (divina o umana, ma più forte della nostra). La quale poi, a pensarci, non può non essere contenuto della volontà nostra, volente cioè e potente in quanto noi la riconosciamo, e consentiamo, e perciò pure vogliamo che voglia »¹⁰⁵.

In altre parole, il volere è reale quando, volere volente, o crea la legge, o, eseguendola, la vuole del pari in atto; e allora, in quanto volere in atto, è moralità. Il diritto, non volere volente, ma astratto momento del volere, *voluto*, non è reale. Il volere, insomma, o è moralità (in quanto è volere in atto) o non ha realtà: come per il Croce, così per il Gentile nella dialettica del volere non v'è posto per il diritto.

Ed in effetti, benché la conclusione del Gentile sembri opposta a quella del Croce — il primo risolve il diritto nella morale, il secondo nell'economia — essa non ne differisce sostanzialmente: la legge è momento di astrattezza del volere, ed essendo astratta non è reale. Che poi il Gentile intenda ogni volere in atto come moralità, e quindi risolva in questa la volontà che in atto vuole la legge, mentre il Croce, che distingue tra volontà morale e volontà economica, ricomprende la volontà che vuole il diritto nell'economicità, è cosa rilevante quanto alla distinzione, ed eventualmente alla valutazione, delle filosofie dei due pensatori, ma per quanto riguarda la loro posizione circa il diritto rileva assai poco: per entrambi il diritto non ha realtà, e non è oggetto autonomo di filosofia.

¹⁰⁵ Ivi, VI, 8 (p. 92).

12. La fenomenologia.

Lontana dall'idealismo, di cui respinge l'immanentismo e lo storicismo, si contrappone tuttavia al positivismo, benché nasca dalla psicologia, la filosofia « fenomenologica », la cui maggiore espressione è il pensiero di Edmondo Husserl (1859-1938). Essa vede come proprietà essenziale della coscienza l'« intenzionalità », ossia il suo essere sempre diretta a un oggetto, l'essere coscienza di qualche cosa; e intende il proprio compito come descrizione *a priori* di questa coscienza intenzionale.

La coscienza è perciò il dato originario della conoscenza, che non si limita, empiricamente, alla natura, ma si estende a tutta la realtà oggettiva cogliendone le strutture essenziali, fino all'*essere* nella sua purezza, attraverso l'intuizione che lo Husserl chiama « eidetica »: forma di conoscenza *a priori* che apprende immediatamente l'essenza delle cose, gli oggetti ideali ed universali nella loro purezza logica. Ciò avviene mediante la « riduzione fenomenologica », o « epoché », ossia col sospendere il giudizio sulle cose nel loro aspetto empirico, esistenziale, su tutto ciò che non appare immediatamente evidente alla coscienza. Ciò vale anche per i valori — argomento su cui hanno insistito particolarmente Max Scheler (1874-1928) e Nicolai Hartmann (1882-1950) — che, pur non essendo conoscibili razionalmente, costituiscono cionondimeno una realtà oggettiva che noi cogliamo con un atto non della ragione né dei sensi, bensì del sentimento.

Il metodo della fenomenologia fu adottato da alcuni anche nel campo della filosofia giuridica. Così da Adolfo Reinach (1883-1917), secondo il quale le proposizioni giuridiche possiedono un loro specifico modo di essere che è *a priori*, ha validità universale e necessaria, e non ha relazione col modo d'essere del diritto positivo¹⁰⁶. Il diritto

¹⁰⁶ Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (1913), rist. col titolo *Zur Phänomenologie des Rechts*, Monaco, 1953, di cui v. qui pp. 15-16.

essendo uno dei modi dell'oggettività, è possibile costruirne una teoria appunto *a priori*, costituita dalla descrizione fenomenologica delle essenze, immediatamente intuited, che precedono logicamente i concetti giuridici. Fondamentale fra le essenze giuridiche è la *promessa* (*Versprechen*), dalla quale il Reinach fa derivare la *pretesa* e l'*obbligo*.

Il mondo delle essenze giuridiche non sta con il diritto positivo nel rapporto in cui con questo è tradizionalmente visto il diritto naturale: essi non si contrappongono, sono due realtà radicalmente diverse. Il diritto positivo appartiene alla sfera di ciò che può essere e può non essere e non può quindi dirsi che sia vero o che sia falso; esso è una « statuizione (*Bestimmung*) », e una statuizione può essere valida o non valida, ma non logicamente vera o falsa¹⁰⁷.

Con un uso di queste espressioni del tutto diverso da quello abituale nel linguaggio filosofico-giuridico, il Reinach intende come sfera dell'essere quella delle essenze *a priori*, e come sfera del *dover essere* (*Seinsollen*), quella dell'*a posteriori*, cioè del diritto positivo¹⁰⁸. Quest'ultimo può allontanarsi dalle essenze giuridiche senza contraddirle, ma soltanto deviando da esse: come è nella sua natura, che è quella appunto di essere esistenza possibile e non essenza¹⁰⁹.

Il rapporto tra il diritto come essenza *a priori* e il diritto positivo è meglio precisato da Gerhart Husserl (n. 1893) — da non confondere con Edmondo —, per il quale il secondo consiste in « realizzazioni e specificazioni di possibilità definite *a priori* »¹¹⁰. Rispetto al diritto positivo gli « oggetti ideali del diritto » stanno come la possibilità rispetto alla realtà: esso può perciò modificare in vario

¹⁰⁷ Ivi, pp. 167-168.

¹⁰⁸ Ivi, p. 174 ss.

¹⁰⁹ Ivi, p. 186 ss.

¹¹⁰ G. Husserl, *Der Rechtsgegenstand*, Berlino, 1933, p. IV. Di questo autore v. soprattutto *Rechtskraft und Rechtsgeltung* (1925); ed inoltre *Rechtssubjekt und Rechtsperson* (1927), *Recht und Welt* (1929), *Die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts* (1930-1931), *Recht und Zeit* (1955).

modo un tipo giuridico ideale, ma non può prescindere. D'altra parte, come per il Reinach, le strutture essenziali del diritto sono pure « verità giuridiche » e non appartengono alla sfera della normatività, del « dover essere », mentre il diritto positivo esiste proprio in quanto norma, cioè non in quanto massima conoscitiva bensì in quanto massima volitiva¹¹¹. Tale esistenza, ossia validità, del diritto positivo è fondato sull'« atto di subordinazione » che attribuisce ad esso il suo carattere esistenziale di « essere-nel-tempo (*in-der Zeit-sein*) », cioè di « struttura temporale della storicità »¹¹².

La concezione fenomenologica del diritto parve fornire uno strumento per una configurazione filosofica della « dottrina pura del diritto » del Kelsen, di cui si dirà fra breve, impostandola come dottrina delle essenze giuridiche (*Wesenlehre*), ossia come formulazione dei rapporti universali e necessari propri della giuridicità. A ciò attesero soprattutto Felix Kaufmann e Fritz Schreier¹¹³.

13. Il giusnaturalismo tradizionale.

Fra le manifestazioni di reazione al positivismo — e, in questo caso, tanto al positivismo filosofico quanto al positivismo giuridico — si possono annoverare anche i tentativi di ridar vita alla dottrina giusnaturalistica tradizionale, cioè a quella richiamantesi a un sistema di valori giuridici metastorici, eterni e immutabili, di validità assoluta ed universale: posizione ben diversa da quella di coloro, giuristi o filosofi, che i giuspositivisti tacciavano di giusnaturalismo unicamente perché non consideravano diritto il solo diritto positivo ma guardavano anche a quello spontaneamente espresso dalla società.

¹¹¹ G. Husserl, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, Berlino, 1925, p. 8.

¹¹² Su ciò v. soprattutto *Recht und Zeit* cit.

¹¹³ Del Kaufmann v. *Logik und Rechtswissenschaft* (1922) e *Die Kriterien des Rechts* (1924). Dello Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts* (1924).

Posta in disparte dal positivismo giuridico della scuola dell'esegesi non meno che da quello dell'*analytical jurisprudence* e della giurisprudenza dei concetti, combattuta in nome dello storicismo sul terreno giuridico dalla scuola storica e su quello filosofico dall'idealismo, la vecchia dottrina del diritto naturale era scomparsa dalla scena della filosofia del diritto dell'Ottocento; ma dietro le quinte sopravviveva.

Punto fermo della morale cattolica, l'abbiamo incontrata presso il Rosmini, e, in forme più arcaiche, presso il Taparelli, il Liberatore, l'Audisio; ma anche al di fuori delle dottrine confessionali un diritto naturale di validità assoluta era stato teorizzato, talvolta con qualche fortuna, da filosofi del diritto di professione, portati a identificare, secondo la tradizione universitaria risalente al Pufendorf, la filosofia del diritto con la « scienza del diritto naturale ». Abbiamo accennato ai due discepoli del Krause, Davide Augusto Röder (1806-1879) ed Enrico Ahrens (1808-1874): autore il primo di un libro ¹¹⁴ che fu oggetto dei sarcasmi del Jhering per l'enumerazione minuta dei precetti del diritto naturale (fra cui erano compresi, ad esempio, quello di non porre domande imbarazzanti o quello di non entrare in una stanza senza farsi annunciare ¹¹⁵), ed il secondo di un'opera ¹¹⁶ che ebbe larga fortuna (fu tradotta anche in italiano), dedicata per gran parte alla trattazione della proprietà come istituto di diritto naturale.

Era stata tradotta in italiano — prova dell'importanza e dell'autorità che le furono attribuite — anche l'opera di Adolfo Trendelenburg (1802-1872) *Diritto naturale sulla base dell'etica* (*Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*: 1860) di ispirazione classica, ed in particolare aristotelica, in cui il diritto era concepito come parte della moralità,

¹¹⁴ *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie* (1846).

¹¹⁵ Röder, *Grundzüge* ecc. cit., p. 91 della 2^a ediz., Heidelberg, 1863; cfr. Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* cit., p. 332.

¹¹⁶ Scritta in francese: *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne* (1838).

entro una visione teleologica dello svolgimento progressivo del mondo umano. Ma il trionfo del positivismo giuridico aveva ben presto fatto dimenticare queste trattazioni accademiche, effettivamente in ritardo sulla storia del pensiero.

Tra i giusnaturalisti di ispirazione tomistica, dopo il Taparelli, il Liberatore e l'Audisio si possono ricordare il còrso Tommaso Maria Zigliara (1833-1893), il lucano Santo Schiffrini (1841-1906) e il tedesco Giorgio von Hertling (1843-1919), che in alcune delle loro numerosissime opere trattarono anche del diritto naturale; questo fu poi oggetto di un vastissimo trattato¹¹⁷ del francese Tancrède Rothe, anch'esso conforme alla dottrina di san Tommaso.

Al Rosmini si ispirò invece un altro francese, Adolfo Boistel (1836-1908), il cui *Cours de philosophie du droit* (1899) è incentrato sul concetto di persona e sul principio dell'inviolabilità di questa. La definizione che il Boistel dà del diritto traduce addirittura quella del Rosmini: « un'attività personale, utile e lecita, protetta dalla legge morale, che ordina agli altri uomini di rispettarla e giustifica l'uso della forza per costringerveli »¹¹⁸.

La teoria di diritto naturale tradizionale che in questo periodo ebbe maggiore risonanza, l'unica anzi che poté avere qualche peso nella polemica contro il positivismo, è quella del gesuita svizzero Viktor Cathrein (1845-1931), autore, fra l'altro, di *Diritto, diritto naturale e diritto positivo* (*Recht, Naturrecht und positives Recht*: 1901) e di una *Filosofia morale* (*Moralphilosophie*, 1911; precedentemente redatta in latino ad uso delle scuole), che, tradotta in molte lingue, godette di larga diffusione. Tomista, il Cathrein, come già altri prima di lui, inserisce nella dottrina di san Tommaso della legge naturale un elemento volontaristico — e perciò virtualmente teocra-

¹¹⁷ *Traité de droit naturel théorique et appliqué* (1885-1912).

¹¹⁸ Boistel, *Cours de philosophie du droit*, Parigi, 1899, I, pp. 71 e 151; v. anche *Cours élémentaire de droit naturel ou de philosophie du droit suivant les principes de Rosmini*, Parigi, 1870, p. 82.

tico — che ad essa era estraneo: « come il rimanente ordine etico, così l'ordine giuridico ha la sua radice nella volontà razionale divina, che regola il mondo; suo scopo è l'adempimento dei desideri di Dio, e ha — nella volontà divina — i suoi limiti, che non è lecito oltrepassare »¹¹⁹. Universale, necessario e immutabile, il diritto naturale, il quale altro non è che una parte della morale, non è soltanto un ideale, cioè una semplice idea di ciò che deve divenire diritto, ma un ordine giuridico vero e proprio, valido per tutti i rapporti umani e costituente il fondamento e il limite necessari al diritto positivo¹²⁰. Per conseguenza ogni legge positiva contraria al diritto naturale non è valida¹²¹.

Per quanto assai più pregevole delle consuete trattazioni scolastiche di diritto naturale, anche la dottrina del Cathrein — che contribuì a rafforzare un'interpretazione inesatta e tendenziosa del giusnaturalismo di san Tommaso — è, come tutte le teorie cattoliche del diritto naturale fino al secondo dopoguerra, intrinsecamente teocratica e conservatrice: addirittura fuori della storia appaiono affermazioni come quella che una forma « mite » di schiavitù, in cui lo schiavo debba lavorare tutta la vita per un padrone senza altra ricompensa che il mantenimento non contraddice la legge naturale e non è « veramente e propriamente ingiusta »¹²².

Ma, a parte questi suoi aspetti politico-sociali, ciò che al giusnaturalismo cattolico dell'Ottocento e della prima metà del Novecento precludeva ogni effettivo influsso era il suo antistoricismo, il tenace attaccamento all'idea (che san Tommaso non aveva propriamente espressa, e che infatti molti tomisti della Seconda Scolastica non accolsero o limitarono fortemente) di un diritto naturale dal contenuto fisso ed eterno, manifestantesi in un sistema di

¹¹⁹ Cathrein, *Moralphilosophie*, I, VIII, IV, 2.

¹²⁰ Ivi, I, VIII, III, IV, 1.

¹²¹ Ivi, I, VIII, III, IV, 3.

¹²² Ivi, II, II, I, IV, II, 2.

precetti immutabili. Soltanto quando, dopo la seconda guerra mondiale, il pensiero tomistico, tornando in realtà alle sue origini, cambierà indirizzo avviandosi verso una concezione formale dei principi del diritto naturale, esso riacquisterà vitalità e potrà tornare a sostenere una parte di primo piano nelle discussioni intorno al problema del diritto: discussioni che, come quelle intorno a qualsiasi argomento filosofico, non possono oggi prescindere dalla lezione storicistica dell'Ottocento e del primo Novecento.

Le dottrine nordamericane

1. Il pensiero giuridico americano nel secolo XIX.

Uno svolgimento particolare, per larghissima parte indipendente dalle contemporanee dottrine europee, ha avuto il pensiero dei teorici del diritto degli Stati Uniti d'America. È opportuno pertanto riferirne a parte, al di fuori del quadro cronologico degli sviluppi della filosofia giuridica degli altri paesi.

Come vedemmo a suo tempo, quando le colonie inglesi del Nordamerica, staccatesi dalla madrepatria, diedero vita al nuovo Stato federale, questo si diede una costituzione ispirata ai principi giusnaturalistici: attinti peraltro non soltanto al giusnaturalismo filosofico europeo ma anche alla tradizione inglese della subordinazione dei governanti al diritto.

A tale tradizione della sovranità del diritto — inteso non come diritto posto dallo Stato nella forma della legge, ma come diritto di origine giudiziaria — si ricollegava particolarmente l'istituto del *judicial review*, cioè della possibilità per i giudici di sindacare ed eventualmente invalidare le leggi e gli atti di governo che dai giudici stessi fossero riconosciuti in contrasto con la costituzione. Tale istituto, che dalla costituzione non era stato esplicitamente previsto, e per il quale si era battuto energicamente lo Hamilton nel *Federalist*¹, fu reso efficace dalla prassi stessa delle corti, e in particolare della Corte Suprema.

Il diritto americano conservò quindi, nonostante gli

¹ V. vol. II, p. 315.

sforzi del potere legislativo di sostituirsi, come fonte principale di esso, al potere giudiziario, la forma della *common law*, incentrata sul concetto di *rule of law*, cioè di supremazia e nello stesso tempo regola del diritto, a cui tutta la vita giuridica, compresa l'opera del legislatore, deve sottostare. Secondo i principi della *common law* ebbe perciò a lungo valore indiscusso la dottrina del *precedente*, secondo la quale la decisione del giudice deve essere fondata sulla *ratio decidendi* delle sentenze anteriori.

Da questo modo di intendere il diritto derivava avversione per le costruzioni sistematiche e le elaborazioni concettuali, ed interesse invece per il caso concreto. Senonché la grande quantità e varietà di decisioni giudiziarie, che rendeva assai difficile la conoscenza completa dei precedenti, costituiva, a parte gli inconvenienti d'ordine pratico, un grave ostacolo allo studio teorico del diritto; ed attorno al 1870 nacque perciò, soprattutto per opera di Christopher C. Langdell (1826-1906), un nuovo metodo di insegnamento di esso, il cosiddetto *case-method*, che si avvicinava alle contemporanee concezioni europee della scienza giuridica come sistematica (od alla *jurisprudence* analitica dell'Austin, che ha con queste, come sappiamo, parecchi motivi di analogia²).

Seguendo il *case-method*, anziché studiare i precedenti per il valore della loro *ratio decidendi* o per l'autorità della loro tradizione, venivano studiati casi particolarmente importanti e ritenuti tali da influire sulla vita giuridica, considerando in sostanza tali casi come norme. Ci si avvicinava così alla concezione normativistica del diritto propria del positivismo giuridico: perché al « caso » veniva attribuito carattere normativo indipendentemente da valori che si potessero scorgere dietro di esso.

Per questa e per altre vie (soprattutto, per quanto ciò possa apparire strano, attraverso gli studi storici di

² Del Langdell si veda a questo proposito la prefazione a *A selection of cases on the law of contracts* (1871).

diritto) penetrò così nella dottrina giuridica americana, anche se contenuto entro limiti piuttosto ristretti, il formalismo: che poté ricollegarsi alla *jurisprudence* analitica austriana, come nel caso di John C. Gray (1839-1915)³. Ma contro il formalismo anche giuridico operò, negli ultimi anni dell'Ottocento e nei primi del Novecento, quella che fu chiamata la « rivolta contro il formalismo », il moto intellettuale che in tutti gli Stati Uniti proclamò la necessità di una cultura che, in ogni campo, fosse aderente alla realtà concreta, alle effettive esigenze dell'uomo, alla vera vita della società. Di essa vedremo ora le ripercussioni nella teoria americana del diritto.

2. Gli aspetti filosofici dell'antiformalismo americano: Dewey.

Benché la « rivolta contro il formalismo » non sia e non intenda essere una filosofia, una matrice filosofica di essa si può riconoscere in quella che è la dottrina filosofica più tipicamente ed originalmente americana, il pragmatismo. Quanto meno, il pragmatismo, soprattutto quale fu professato dal Dewey, è l'aspetto filosofico di questo movimento culturale.

Per John Dewey (1859-1952) la logica non è razionalità compiuta, che possieda valore per sé stessa; il valore di essa è meramente strumentale, è in funzione dell'operare umano; ed essa è intimamente connessa con il fatto della società, in quanto è essenzialmente ricerca, e la ricerca è condizionata socialmente ed ha conseguenze di carattere culturale.

Del Dewey tuttavia, fatto questo rapidissimo cenno della parte da lui avuta nel richiamare la filosofia alla realtà concreta ed in particolare sociale, dovremo qui ricordare soprattutto gli studi di logica giuridica. In questi sono ap-

³ Del Gray, l'opera principale è *The nature and sources of the law* (1909).

profonditi i processi mentali che stanno dietro il giudizio di chi opera giuridicamente, sia questi l'avvocato che deve scegliere una linea di condotta nel processo, sia invece il giudice che deve pronunciarsi sulla questione: in un'analisi quindi del ragionamento giuridico e della decisione giudiziale ⁴.

In tali studi del Dewey ciò che per noi è più interessante rilevare è la costante consapevolezza del fatto che l'apparato giudiziario è una fra le tante istituzioni sociali, la cui attività si implica con quella di tutte le altre, così come la formazione delle regole giuridiche seguite dagli avvocati e dai giudici è il risultato di un processo formativo a cui partecipa tutta la società nei suoi aspetti politici, sociali ed economici, e non è opera dei soli giuristi.

Il Dewey ha del diritto una concezione storica e sociologica: « il diritto », egli scrive, « è totalmente un fenomeno sociale, sociale nella sua origine, nel suo intento o fine, e nella sua applicazione », ragione per cui esso « non può essere impostato come se fosse un'entità a sé stante, ma deve essere discusso soltanto in relazione alle condizioni sociali in cui esso nasce ed a ciò che in questo campo compie concretamente » ⁵. Poiché i fatti o fenomeni sociali sono attività, il diritto è sviluppo, cosa che diviene (*thing going on*); non si possono nemmeno distinguere momenti differenti nella sua vita, e ciò che viene chiamato applicazione di una norma non è qualcosa che abbia luogo dopo di essa, ma è parte necessaria di essa, che senza applicazione è un pezzo di carta o una voce nell'aria ma nulla che possa essere chiamato diritto ⁶. Si spiega perciò agevolmente che il Dewey pensi che sia non comprendere il

⁴ V. soprattutto *Logical method and law* (1924), ora in *Philosophy and civilization*, New York, 1931. Per altri punti di vista del Dewey sul diritto v. il suo contributo nel vol. coll. *My philosophy of law. Credo of sixteen American scholars*, Boston, 1941.

⁵ *My philosophy of law* cit., pp. 76-77.

⁶ Ivi, p. 77.

diritto il considerarlo, anche quando si tratti di norme statuali, come comando⁷.

3. Holmes.

Che il pensiero del Dewey costituisca l'insegna filosofica dell'antiformalismo, anche giuridico, ma che questo sia nato dalle esigenze stesse della società americana, indipendentemente da premesse dottrinali, lo dimostra il fatto che anteriore all'opera del filosofo pragmatista è quella di un giurista, peraltro amico suo e degli altri pragmatisti Charles Peirce e William James: Oliver W. Holmes (1841-1935), giudice della Corte Suprema, il cui libro *The common law* (1881) fu, anche al di fuori del mondo strettamente giuridico, fra le più efficaci armi della battaglia antiformalistica.

Come il Dewey, lo Holmes considera il diritto nella sua vivente realtà, fuori di ogni astrazione. « Quando noi studiamo il diritto », egli scrive all'inizio di *The path of the law* (1897), « non studiamo un mistero, ma una professione ben nota. Studiamo ciò che occorrerà per andare davanti ai giudici, o per consigliare alla gente come si fa a tenersi lontani dai tribunali »⁸. Ed in relazione appunto a questo momento essenziale della vita del diritto, la sua applicazione — quello senza il quale il Dewey dirà che le norme giuridiche sono pezzi di carta — lo Holmes enuncia la sua famosa definizione di esso: « le previsioni di ciò che i tribunali effettivamente faranno, e nient'altro di più pretensioso, sono ciò che io intendo con diritto »⁹.

Le norme — siano esse leggi o consuetudini, raccolte

⁷ Dewey, *The public and its problems*, New York, 1927, p. 53. Per le idee del Dewey circa la natura del diritto v. anche *Austin's theory of sovereignty*, in « *Political science quarterly* », 1894, e *Nature and reason in law*, ora in *Philosophy and civilization* cit.

⁸ Holmes, *The path of the law*, ora in *Collected legal papers*, New York, 1920, di cui v. p. 167.

⁹ Ivi, p. 173.

di giurisprudenza o trattati teorici — non sono il diritto, ma *mezzi* per lo studio di esso, cioè per prevedere che cosa i tribunali faranno. Il diritto è dunque un complesso di previsioni; e solo perché è per « rendere le previsioni più facili ad essere ricordate e capite che gli insegnamenti tratti dalle decisioni passate vengono formulati in proposizioni generali e raccolti in testi, o che le leggi vengono emanate in forma generale »¹⁰ lo Holmes non rifiuta una certa generalizzazione e sistemazione logica dei dati giuridici empirici.

Senonché tali dati non sono costituiti dalle norme nella loro astrattezza formale, ma dalla prassi effettiva, dalla concreta vita del diritto; e non è quindi da vedere, nell'affermazione da parte dello Holmes della necessità della generalizzazione delle nozioni giuridiche, nulla che ricordi il formalismo della giurisprudenza dei concetti. Non per niente egli dichiara esplicitamente che la vita del diritto non è la logica ma l'esperienza¹¹, e sostiene la necessità degli studi storici per capire la ragione per la quale il diritto, in una determinata epoca, è quello che è: « lo studio razionale del diritto è per gran parte lo studio della storia. La storia deve essere una parte dello studio perché senza essa non possiamo conoscere la portata (*scope*) precisa delle norme che è nostro mestiere conoscere »¹².

All'impostazione storica dello studio del diritto lo Holmes unisce tuttavia e sovrappone quella economico-sociologica. La storia è soltanto « il primo passo verso uno scetticismo illuminato, cioè verso una deliberata riconsiderazione del valore delle norme ». Essa serve a « tirar fuori il drago dalla sua tana nella pianura e alla luce del giorno »; ma poi si dovrà « o ucciderlo, oppure addomesticarlo e renderlo un animale utile ». « Per uno studio razionale del diritto chi sa il gotico può essere l'uomo del

¹⁰ Ivi, p. 168.

¹¹ Holmes, *The common law*, Boston, 1881, p. 1.

¹² Holmes, *The path of the law* cit., p. 186. A questi principi è ispirata l'opera maggiore dello Holmes, *The common law*.

presente, ma l'uomo del futuro è l'esperto di statistica e di economia »¹³.

Questo prevalere del punto di vista sociologico su quello storico si accentua nelle opere più tarde dello Holmes. Mentre in *The common law*, che è del 1881, l'elemento sociologico è ancora in ombra, esso passa in prima linea in *The path of the law* (1897); e in uno scritto del 1899 dedicato alla scienza del diritto, *Law in science and science in law*, lo studio storico è giudicato solo « un mezzo, anzi uno dei meno efficaci, per avere la padronanza di uno strumento », mentre « da un punto di vista pratico... il suo uso è soprattutto negativo e scettico »¹⁴. La parte più importante della scienza del diritto è considerata ora la formulazione di postulati fondati « sulle esigenze sociali accuratamente calcolate anziché sulla tradizione »¹⁵.

La concezione del diritto come previsione di ciò che i tribunali faranno investe anche il problema del rapporto fra diritto e morale, circa il quale lo Holmes giunge, per tutt'altra via, alle stesse conclusioni del positivismo giuridico. Le valutazioni etiche non riguardano chi si occupa di diritto, il quale deve indagare soltanto sulla probabile decisione del tribunale: giuridicamente, *dovere* non è che la necessità per un uomo di comportarsi in modo tale che il tribunale non gli infligga una sanzione; che poi tale comportamento possa essere riconosciuto o no doveroso moralmente, per il giurista non ha importanza¹⁶.

D'altra parte lo Holmes, proprio nell'affermare come essenza del diritto l'essere fatto valere, anzi l'essere creato, dai tribunali, vede nell'opera di questi l'assolvimento di un compito morale — di morale sociale e in definitiva politica —: la considerazione di « ciò che è conveniente alla comunità interessata », risultante da « più o meno de-

¹³ Ivi, pp. 186-187.

¹⁴ Holmes, *Law in science and science in law*, in *Collected legal papers* cit., pp. 224-225.

¹⁵ Ivi, pp. 225-226.

¹⁶ Holmes, *The path of the law* cit., p. 169 ss.

finitamente consapevoli orientamenti di politica sociale (*public policy*) »¹⁷.

È da rilevare a questo proposito che con lo Holmes, pur lontanissimo da posizioni socialistiche, il diritto americano comincia a perdere il carattere individualistico che aveva posseduto fino ad allora; e che ciò coincide col mutamento del rapporto tra il giudice ed il diritto oggettivo. I due fenomeni, a prima vista eterogenei, sono in effetti connessi; e vanno ricondotti (come del resto il movimento del diritto libero e le consimili dottrine a sfondo sociologico in Europa) alla grande trasformazione economico-sociale provocata dalla rivoluzione industriale, che ha portato in primo piano anche nella vita giuridica le masse popolari con le loro aspirazioni ed i loro interessi, più mobili ed indefiniti di quelli degli individui.

È significativo che lo Holmes, per il quale, come abbiamo visto, il diritto altro non è se non la previsione di ciò che i tribunali effettivamente faranno, ricoprì lo stesso ufficio di giudice della Corte Suprema che al principio dell'Ottocento, a rivoluzione industriale ancora lontana, occupava l'altrettanto famoso giudice John Marshall — uno dei protagonisti dell'inizio di quella che fu chiamata l'« era formativa » del diritto americano¹⁸ —, in una sentenza del quale era stato affermato che « il potere del giudice, in quanto distinto dal potere del diritto oggettivo, non ha esistenza », e che « i tribunali sono meri strumenti del diritto, e non possono volere nulla »¹⁹. Dal 1824, data della sentenza del Marshall, al 1897, data di *The path of the law*, la costituzione degli Stati Uniti non era mutata; ma ne era mutata la società.

¹⁷ Holmes, *The common law* cit., p. 35.

¹⁸ L'espressione è di R. Pound, appunto in *The formative era of American law* (1938).

¹⁹ *The constitutional decisions of John Marshall*, New York, 1906, p. 137.

4. Pound: iniziale relativismo.

Grande influenza sulla filosofia e sulla scienza giuridica americana, ed anche sulla stessa pratica del diritto, ha esercitato quello che con ragione è considerato il maggiore filosofo del diritto degli Stati Uniti, Roscoe Pound (1870-1964); autore fecondissimo, anche se la sua produzione è costituita in gran parte da conferenze, lezioni e articoli, di cui molti peraltro riuniti in volumi che possiedono una propria organicità, come *The spirit of the common law*, edito nel 1921 ma formato da quattro saggi precedenti, *An introduction to the philosophy of law*, costituito da una serie di conferenze del 1921-1922, *Interpretations of legal history*, del pari raccolta di lezioni tenute nel 1922.

Il pensiero del Pound è caratterizzato da uno storicismo estremo che giunge fino al relativismo, anche se col tempo quest'ultimo si andrà gradatamente attenuando. Nelle *Interpretations of legal history* tutti gli indirizzi storici del pensiero giuridico dell'Ottocento, a cominciare dalla scuola del Savigny, sono addirittura accusati di non essere storici perché vedono nell'evoluzione del diritto, qualunque sia il modo in cui ciascuno di essi la concepisce, un'intrinseca necessità, una legge. Si deve invece pensare al diritto, scrive il Pound, « non come ad un organismo, che cresce a causa e per mezzo di qualche proprietà ad esso inerente, ma... come ad un edificio, costruito dagli uomini per soddisfare aspirazioni umane e continuamente riparato, restaurato, ricostruito ed ampliato al fine di venire incontro al crescere o al variare delle aspirazioni, o anche al variare delle usanze. Dobbiamo pensare ad un complesso di materiali di uso effettivo consegnatoci dal passato, su cui consapevolmente o inconsapevolmente noi operiamo per realizzare le aspirazioni e soddisfare i bisogni del presente... »²⁰.

È questa la concezione del diritto che il Pound chiama

²⁰ Pound, *Interpretations of legal history*, p. 21 della 2ª ediz., Cambridge Mass., 1946.

« ingegneristica », ampiamente illustrata nell'ultimo capitolo delle *Interpretations*: quella cioè del diritto come « opera di ingegneria sociale (*social engineering*) », vale a dire « un fare le cose, non un servire da strumenti passivi mediante i quali formule matematiche e leggi meccaniche si realizzano in un modo prestabilito »²¹. La concezione del diritto che il Pound propugna vuole cioè essere tale che « porti i nostri scrittori e docenti ad esser guida per i tribunali e per il legislatore, e non a seguire questi con un'opera di analisi rivolta semplicemente a dare ordine, sistematicità e coerenza »²².

Alla radice di un siffatto atteggiamento vi è un'ispirazione pragmatistica che ricollega il Pound al James ed al Dewey; e che certo è, insieme con quella storicistica, derivata in gran parte dal Kohler, una delle componenti del suo relativismo. La critica che egli muove a tutte le precedenti dottrine del diritto è infatti che esse, pur pretendendo di possedere validità assoluta, sono state determinate in realtà da esigenze storiche²³. Questo fatto peraltro il Pound, appunto pragmatisticamente, lo valuta in modo positivo: perché ciò che in ciascuna di tali dottrine egli apprezza è proprio il contributo dato in pratica alla vita del diritto, la misura in cui ha soddisfatto le esigenze di tale vita nei vari momenti storici.

In questo consiste appunto, per il Pound, il compito della filosofia del diritto, la sua funzione di « ingegneria sociale »: nella ricerca cioè, non di verità o di valori universali, ma del modo in cui il diritto può meglio venire incontro alle necessità della società; col mantenere l'equilibrio fra le esigenze di stabilità e quelle di progresso, e con il soddisfare — secondo un principio che risaliva al Bentham e che era stato ripreso dal Jhering — il maggior numero di interessi sacrificandone il numero minore.

²¹ Ivi, p. 152.

²² Ivi, p. 165.

²³ Pound, *An introduction to the philosophy of law* (1922), p. 30 dell'ediz. New Haven, 1954.

Questo riferimento agli interessi sociali — che, come abbiamo visto, era stato compiuto anche dallo Holmes — avvicina la dottrina del Pound a quelle degli antiformalisti europei, dei quali infatti egli sente manifestamente l'influsso; ed è in antitesi tanto col formalismo giuridico dell'Europa continentale quanto con quello della *jurisprudence* analitica austriana. Mentre quest'ultima intendeva studiare il diritto prescindendo dalla realtà politica, sociale, economica, il Pound annette invece a tale realtà l'importanza maggiore per la comprensione del diritto: donde la qualifica di « giurisprudenza sociologica » data dal Pound stesso alla sua dottrina.

È appunto mediante un'indagine sociologica che, secondo il Pound, il filosofo del diritto o il giurista possono identificare gli « interessi sociali » soddisfare e conciliare i quali è compito del diritto. Tali interessi il Pound enumera, classifica e coordina infatti in vari scritti, trattandone soprattutto in relazione al problema del rapporto fra diritti soggettivi dell'individuo e interessi della società; egli tende a cogliere la coincidenza dell'interesse della società alla tutela dei diritti dell'individuo con l'interesse dell'individuo al soddisfacimento delle esigenze sociali ²⁴.

5. Pound: dal relativismo all'oggettivismo.

Lo storicismo che nelle prime opere del Pound, combinato con il pragmatismo, giungeva ad un relativismo rifiutante ogni valore che non fosse appunto relativo e perciò utilitario, col tempo sempre più fece luogo al soddisfacimento delle esigenze oggettive della ragione: di quella ragione che nella vita della *common law* è operante, e il cui valore al Pound doveva fra l'altro essere stato efficacemente rappresentato dal pensiero, col quale aveva gran-

²⁴ Oltre alla seconda lezione di *An introduction to the philosophy of law* ed all'ultimo capitolo di *The spirit of the common law* (1921), v. *A theory of social interests* (1921) e, fra gli scritti più recenti, *A survey of social interests* (1943).

de familiarità²⁵, di Benedetto Croce. Certo è che nelle opere più tarde, e soprattutto in quelle del tempo della seconda guerra mondiale e degli anni successivi — dopo l'esperienza cioè dei regimi totalitari — il relativismo del Pound si attenua fino a scomparire, ed a lasciare anzi il posto all'apprezzamento di valori oggettivi, tanto da far trasparire tendenze sostanzialmente giusnaturalistiche.

A tale svolta del pensiero del Pound contribuì anche il sorgere dell'indirizzo giuridico « realistico » (di cui diremo fra breve), che egli accomuna con il marxismo e con le dottrine del Kelsen, del Radbruch e del Weber nella qualifica di « filosofie della rinuncia (*give-it-up philosophies*) »²⁶. A tali filosofie il Pound oppone che un fine indeclinabile la storia lo ha, ed è la civiltà, cioè lo sviluppo del più alto grado del potere dell'uomo attuantesi nel massimo di controllo da parte di esso tanto sulla natura esterna quanto sulla sua propria natura interna; di ciò lo strumento più efficace è l'organizzazione politica, il cui fine essenziale è l'attuazione della giustizia²⁷.

Tra le tante definizioni della giustizia proposte nel corso della storia, il Pound — che non rinnega certo il suo storicismo, e si guarda bene anche ora dall'invocare valori assoluti — ritiene preferibile quella che la intende come « un sistema di relazioni e un regolamento di comportamenti tale da far sí che i beni, i mezzi per la soddisfazione dell'esigenza umana di possedere e di agire, circolino per quanto possibile con il minimo di attrito e di spreco »²⁸. A tale principio razionale deve sottostare ogni forma di organizzazione politica: perché anche una democrazia, se

²⁵ Cfr. *Interpretations of legal history* cit., p. XVI.

²⁶ Tale è il titolo del cap. II di *Contemporary juristic theory* (1940), nel cui cap. I il Pound sostiene che dal totale relativismo rinasce l'assolutismo politico. L'espressione « *give-it-up philosophies* » ricorre poi in molti scritti successivi.

²⁷ Pound, *Social control through law* (1942), pp. 16-17 della 2ª ediz., New Haven, 1968; *Justice according to law*, New Haven, 1951, pp. 28-29, 61, 91.

²⁸ Pound, *Social control through law* cit., p. 65.

in essa la vita, la libertà e la proprietà sono alla completa mercé delle temporanee maggioranze del corpo elettorale, è una forma di governo assoluto²⁹. Accanto ad esperienze recentissime, sembrano presenti al Pound quelle dell'antica democrazia ateniese, che avevano fatto classificare ad Aristotele la democrazia fra le forme di governo degeneri.

Profondo conoscitore della storia della filosofia del diritto e di quella della scienza giuridica (i due saggi riuniti in *Justice according to law*, intitolati l'uno *Che cos'è la giustizia?* e l'altro *Che cos'è il diritto?* sono una sintesi veramente mirabile della storia di questi due concetti), il Pound si attiene sempre all'esperienza diretta della vita giuridica americana quale egli l'aveva conosciuta nella professione forense: ragione non ultima della vivezza e della concretezza delle sue pagine, ricche di esempi e di riferimenti a casi reali non meno che di richiami ai grandi filosofi e giuristi di ogni tempo. Soprattutto, il Pound, se resta sempre uno storicista, professa tuttavia quel particolare tipo di storicismo che informa la *common law* anglosassone: dottrina fatta, aveva detto il Coke, di « ragione artificiale »³⁰, di ragione operante sull'esperienza storica, e di esperienza storica ordinata e illuminata dalla ragione.

A conclusione di *Justice according to law* (1951), il Pound, dopo avere ricordato che il vero nemico dell'assolutismo è il diritto, scrive che quest'ultimo « presuppone una vita misurata dalla ragione, e un'amministrazione della giustizia compiuta mediante l'applicazione di una tecnica ragionata all'esperienza sviluppata dalla ragione e alla ragione collaudata dall'esperienza »³¹. Ed alla « ragione artificiale » del Coke è assai vicino quel « diritto naturale positivo (*positive natural law*) » di cui il Pound ha scritto

²⁹ Si veda *The task of law* (1944), *New paths of the law* (1950), *The ideal element in law* (1958); ma soprattutto *Contemporary juristic theory* cit.

³⁰ V. vol. II, pp. 127-128.

³¹ Pound, *Justice according to law* cit., p. 91.

in un articolo del 1952, rielaborato poi ancora nel 1960, a conclusione ormai della sua lunghissima vita di teorico e di pratico del diritto: che non è « una raffigurazione razionalmente concepita della giustizia come ideale dei rapporti fra gli uomini, dell'ordine giuridico come mezzo razionalmente concepito per instaurare e conservare tale rapporto, e di precetti giuridici come strumenti ideali razionalmente concepiti per rendere efficace l'ordine giuridico in vista dei suoi fini ideali » (questo è invece il « diritto naturale naturale », *natural natural law*, cioè il diritto naturale assoluto della tradizione giusnaturalistica); ma è « un sistema di precetti giuridici universali logicamente derivati e formati sull'esperienza del passato, postulato come formulabile in relazione alle esigenze poste da problemi universali, e in tal modo assunto a fornire precetti giuridici di validità universale »³².

Questo orientamento finale del Pound verso una sorta di giusnaturalismo — di un giusnaturalismo, comunque, che non dimentica la storia e che nella storia anzi ricerca le proprie ragioni — ha lo stesso primo movente che aveva ispirato il vecchio giusnaturalismo settecentesco: la preoccupazione di porre un argine all'assolutismo politico. Anche le critiche al realismo, che sembrano d'ordine puramente teorico, lasciano in realtà trasparire il timore che il relativismo estremo dei realisti possa contribuire a spianare la via al totalitarismo eliminando gli ostacoli che questo incontra nei valori giuridici universali. Dopo la seconda guerra mondiale vedremo, da ancor più dirette esperienze politiche e dal medesimo stato d'animo, sorgere in Europa indirizzi analoghi.

³² Pound, *Natural natural law and positive natural law*, in «Natural law forum», 1960, p. 70. Ivi è rielaborato quanto, con lo stesso titolo, il Pound aveva scritto in «Law quarterly review» del 1952.

6. Cardozo.

Forse ancor più che lo Holmes e lo stesso Pound, chi operò efficacemente nel far trionfare il metodo della giurisprudenza sociologica su quello della giurisprudenza formalistica fu il successore del primo nell'ufficio di giudice della Corte Suprema Benjamin N. Cardozo (1870-1938). Tre sono le sue maggiori opere, *The nature of the judicial process* (1921), *The growth of the law* (1924), *The paradoxes of legal science* (1928); e la prima di esse è quella che enuncia nei termini più semplici e più sintetici i principi metodologici della giurisprudenza sociologica.

Il Cardozo assegna sí largo spazio alla considerazione autonoma da parte del giudice dei valori e degli interessi sociali; ma non la vuole disgiunta dall'applicazione di altri criteri di valutazione, che essa deve integrare e perfezionare. I metodi di cui il giudice può servirsi sono infatti, secondo il Cardozo, quattro: quello che si richiama alla logica (metodo della « filosofia »), quello che si richiama alla storia (metodo dell'« evoluzione »), quello che si richiama alla consuetudine (metodo della « tradizione »), e quello che si richiama alla giustizia, alla morale e al benessere sociale (metodo della « sociologia »)³³.

Il metodo della « filosofia », cioè il metodo formalistico, risponde, oltre che alla tendenza del giurista al sistema simmetrico ed all'*elegantia iuris*³⁴, all'esigenza di « imparziale uniformità »³⁵; ma, nonostante i suoi pregi, esso non è, come pretendono i formalisti europei, il solo metodo accettabile dal giurista: talvolta anzi dà luogo ad inconvenienti. Soccorrono allora gli altri metodi: anzitutto quello dell'« evoluzione » (cioè della storia) e quello della « tradizione » (cioè della consuetudine); ma soprattutto, anche se per ultimo, quello della « sociologia », che integra, estende o restringe l'efficacia delle altre norme in

³³ Cardozo, *The nature of judicial process*, New Haven, 1921, pp. 30-31.

³⁴ Ivi, p. 34.

³⁵ Ivi, p. 36.

bese alla considerazione del benessere (*welfare*) della società ³⁶.

Tutti questi elementi cooperano alla vita del diritto: logica, storia, consuetudine, utilità, norme accettate del retto comportamento, sono, singolarmente o in combinazione fra loro, le forze che presiedono al progresso del diritto. Quale di queste forze debba prevalere nei singoli casi dovrà dipendere dall'importanza o dal valore comparativo degli interessi sociali su cui esse agiscono: interessi che possono essere soddisfatti talvolta dalla generalità, imparzialità e certezza della norma, così come invece, in circostanze diverse, dall'equità o da altri elementi di benessere sociale. Questi elementi « possono imporre al giudice di disegnare la linea formando un altro angolo, di tracciare la via seguendo direzioni nuove, di fissare un nuovo punto di partenza dal quale altri che verranno dopo di lui muoveranno per il loro viaggio » ³⁷. « Se voi domandate », soggiunge il Cardozo, « come il giudice faccia a sapere quando un interesse è preponderante su un altro, io posso rispondere soltanto che egli deve ricavare la sua conoscenza proprio nello stesso modo in cui la ricava il legislatore, dall'esperienza e dallo studio e dalla riflessione: in breve, dalla vita stessa » ³⁸.

Significativo è il richiamo che il Cardozo compie allo Gény ed all'Ehrlich, e ad altri giuristi antiformalisti europei ³⁹: la vera fonte del diritto è per lui, come per loro, la vita. Ed è significativa anche l'affermazione — così contrastante con la fobia antifilosofica del positivismo giuridico europeo — della necessità di una filosofia giuridica per lo sviluppo del diritto, argomento di gran parte di un capitolo di *The growth of the law* ⁴⁰.

³⁶ Ivi, p. 66 ss.

³⁷ Ivi, p. 112.

³⁸ Ivi, p. 113.

³⁹ Ivi, pp. 16, 74-75, 119-121.

⁴⁰ Cardozo, *The growth of the law* (1924), p. 21 ss. dell'ediz. New Haven, 1946.

Come il Pound e come già lo stesso Holmes, il Cardozo avverte insomma che la società non è statica, e che il diritto non può essere congelato in sistemi intellettualistici costruiti sulla legislazione di una data epoca, destinata ad essere rapidamente superata dai bisogni e dalle aspirazioni di una società in sempre più rapida trasformazione. In America, dove tale trasformazione della società, anche se cominciata più tardi, si sviluppò più velocemente, avvertire questa necessità era del resto più facile, e il soddisfarla era reso meno arduo dal sistema della *common law*, connessa pur sempre, nonostante il principio dello *stare decisis*, alla storia ed all'esperienza sociale.

Così, mentre le correnti antiformalistiche europee non ebbero, come abbiamo veduto, fortuna, la giurisprudenza sociologica americana si affermò tanto nella dottrina quanto nella pratica del diritto; e non fu senza efficacia anche nel campo sociale e politico. Durante il lungo contrasto tra il presidente degli Stati Uniti Franklin D. Roosevelt e la Corte Suprema, che, costituita in maggioranza da conservatori, tra il 1935 e il 1936 dichiarava sistematicamente incostituzionali le riforme del *New Deal*, fu il Cardozo, con altri pochi, tra i giudici di minoranza che con le loro *dissenting opinions* fecero sentire anche all'interno della Corte quelle che erano ormai le esigenze reali della società americana, fino a che la Corte stessa, nel 1937, mutò indirizzo.

7. Il realismo giuridico americano.

In senso lato, l'espressione « realismo giuridico » (che ritroveremo infatti a proposito di dottrine europee che con quelle americane non hanno connessione diretta) può stare a designare ogni indirizzo non metafisico e non logico-formalistico. In tale senso quell'espressione fu usata da principio anche in America, ed essa poté essere riferita a tutte quelle teorie, di ispirazione pragmatistica e sociologica, di cui abbiamo fatto cenno nei precedenti pa-

ragrafi, che assumevano come oggetto della conoscenza giuridica, per usare una celebre distinzione del Pound, non il diritto che sta nei libri (*law in books*) ma il diritto realmente operante (*law in action*)⁴¹.

In senso più ristretto però con « realismo giuridico » si designa in America un indirizzo o movimento (giacché non si tratta di una vera e propria scuola) che ebbe inizio attorno al 1930, e che si ricollega sì alla giurisprudenza sociologica (o per lo meno allo Holmes), ma ne conduce i principi a sviluppi estremi: risolutamente criticati tanto dal Pound⁴² quanto dal Kantorowicz, che, trasferitosi in America nel 1933, aveva efficacemente contribuito all'affermazione della giurisprudenza sociologica, con la quale la sua dottrina del diritto libero presentava molte affinità⁴³.

Chi usò l'espressione *legal realism* in questo significato più stretto e determinato fu uno dei maggiori rappresentanti del movimento, Karl N. Llewellyn (n. 1893), che designò con essa⁴⁴ un gruppo di giuristi americani i quali in forme e per motivi diversi avevano criticato concetti e metodi delle dottrine giuridiche formalistiche. Il Llewellyn comprendeva fra i « realisti » un numero assai grande di scrittori di diritto, che non tutti vennero considerati poi tali; e in effetti la determinazione di coloro a cui tale definizione conviene non è pacifica. Vi è chi la applica a molti e chi a pochissimi; fra quelli su cui i più sono concordi ricordiamo Joseph W. Bingham, Jerome Frank, Herman Oliphant, Felix S. Cohen, oltre naturalmente al Llewellyn. Neanche costoro peraltro si possono inquadrare

⁴¹ *Law in books and law in action* è il titolo di un articolo del Pound in « *American law review* » del 1910.

⁴² Del Pound v. a questo proposito *The call for a realist jurisprudence*, in « *Harvard law review* » del 1931, la voce *Jurisprudence* dell'*Encyclopaedia of the social sciences*, e *Fifty years of jurisprudence*, in « *Harvard law review* » del 1938.

⁴³ Del Kantorowicz v. *Some rationalism about realism*, in « *Yale law journal* », 1933-1934, il cui titolo richiama quello dell'articolo del Llewellyn di cui nella nota seguente.

⁴⁴ Llewellyn, *Some realism about realism. Responding to dean Pound*, in « *Harvard law review* », 1931.

in un indirizzo unitario di metodo e di dottrina; ciò che li unisce è soprattutto l'insistenza sul rifiuto del formalismo logico nel diritto e di ogni forma di concettualismo giuridico.

Conseguenza caratteristica di questo atteggiamento radicalmente empiristico dei realisti è la loro negazione della certezza del diritto; ed è famosa la tesi sostenuta da Jerome Frank (1889-1957) in *Law and the modern mind* (1930), secondo la quale il valore attribuito dai giuristi alla certezza del diritto è l'effetto del perdurare negli adulti immaturi della tendenza del bambino a cercare sicurezza nella forza e nella sapienza del padre. « Nonostante il passare degli anni », scrive il Frank, per il quale unico metodo valido per comprendere la natura del diritto è il metodo psicologico, « molti uomini sono a volte vittime del desiderio infantile di completa serenità e della paura infantile della sorte incontrollabile. Essi vogliono allora credere di vivere in un mondo in cui la sorte è solo un'apparenza e non una realtà »; e perciò « ritornano ai desideri infantili, che tentano di soddisfare mediante la "riscoperta del padre", mediante surrogati del padre »; e « il diritto può facilmente avere una parte importante nel tentativo di riscoperta del padre, perché, quanto a funzione, il diritto apparentemente assomiglia al Padre-Giudice (*Father-as-Judge*) »⁴⁵.

In realtà, continua il Frank, questo non avviene, perché la sentenza del giudice non è prevedibile, non essendo frutto di ragionamento ma di intuizioni (*hunches*) per le quali il giudice giunge alla propria decisione prima ancora d'avere cercato di spiegarla⁴⁶; sicché la fiducia nella certezza del diritto come elemento di sicurezza nei riguardi dell'imprevedibile è infondata. Il celebre detto di Cicerone, sempre citato per celebrare il valore di essa, « *legum servi sumus, ut liberi esse possimus* », il Frank lo com-

⁴⁵ Frank, *Law and the modern mind*, pp. 20-21 dell'ediz. New York, 1963.

⁴⁶ Ivi, pp. 108-126.

menta molto spregiudicatamente: « questo è molto carino (*pretty*), ma non è soprattutto retorico? »⁴⁷.

A conclusioni analoghe giunge, anche se per via diversa, il Llewellyn, secondo il quale « difficilmente le norme giuridiche possono servire come guida per la vita »⁴⁸. Ciò che conta non sono le norme giuridiche ma la società, la quale si dà il proprio ordine da sé, e non lo riceve dal diritto che in minima parte. Quanto al diritto, come aveva insegnato lo Holmes, esso non è se non ciò che i giudici faranno riguardo alle controversie⁴⁹.

Ridotto il diritto al comportamento dei giudici, la scienza giuridica viene a consistere in tecniche di previsione di tale comportamento, fondate sull'osservazione di esso come fatto. È così eliminato il problema del valore; ed occorre anzi tener ben distinto da questo il reale problema del diritto, che non è quello del dover essere, ma dell'*essere*. È soprattutto su questo punto che il realismo si distacca dalla giurisprudenza sociologica del Pound, il quale, come abbiám visto, proprio criticando i realisti ha affermato l'importanza degli ideali giuridici: nel misconoscimento dei quali ha veduto delinearsi il pericolo dell'assolutismo politico. Occorre rilevare tuttavia che lo stesso Llewellyn riconosce la realtà e la legittimità degli ideali giuridici che vanno sotto il nome di diritto naturale, dichiarando addirittura che giusnaturalismo e realismo possono cooperare, in quanto ad entrambi il diritto positivo appare cosa da modificare e da riesaminare⁵⁰.

Manifestazione estrema dell'antiformalismo e dell'anti-concettualismo, il realismo è indicativo delle esigenze giuridiche della mobilissima società americana, che esso cerca di soddisfare con tecniche nuove, mutate non solo dalla

⁴⁷ Ivi, p. 129.

⁴⁸ Llewellyn, *Präjudizienrecht und Rechtssprechung in Amerika*, Lipsia, 1933, p. 62 ss.

⁴⁹ Llewellyn, *The bramble bush*, New York, 1951, p. 12.

⁵⁰ Llewellyn, *One « realist's » view of natural law for judges*, in « Notre Dame Lawyer », 1939-1940, pp. 3-8.

sociologia, ma anche dall'economia e dalla politica. Affine per molti aspetti alla dottrina del diritto libero, esso senza dubbio ne esaspera le posizioni; e non per nulla il promotore stesso del movimento del diritto libero, il Kantorowicz, ebbe a dire che la tesi di questo « è stata portata all'esagerazione da quei realisti i quali insegnano che il diritto consiste soltanto di decisioni giudiziali, e perciò di fatti »⁵¹.

Però, come non erano da ignorare i motivi storici — economici, sociali, politici — che avevano fatto nascere il movimento del diritto libero, così non sono da sottovalutare quelli — da ricercarsi nella situazione di una società industriale ancor più avanzata — che hanno condotto a un'estremizzazione di esso quale è il realismo. La stessa paradossale tesi del Frank secondo cui un diritto *certo* serve per uomini dalla mentalità infantile e non per una società matura può avere un significato profondo: già Dante aveva osservato che « seguire e mettere in opera quello che le leggi dicono » « massimamente si conviene a lo giovane », mentre « lo vecchio per più esperienza dee essere giusto, e non esaminatore di legge »⁵². E il realismo americano, così come la giurisprudenza sociologica da cui nasce, in fondo non è altro che un tentativo, semplicistico forse ma non infondato, di fare gli uomini, o per lo meno i giudici, « giusti » anziché « esaminatori di legge ».

Del resto qualcuno potrebbe, più audacemente ancora, ritrovare nel rifiuto del diritto come norma oggettiva, certa, offrente all'uomo sicurezza contro l'ignoto, l'espressione rozza e incosciente (come non può non essere in chi è ignaro dei grandi problemi filosofici e religiosi che stanno dietro al fenomeno del diritto) di quella svalutazione, o addirittura condanna, della sicurezza offerta all'uomo dalla

⁵¹ Kantorowicz, *Some rationalism about realism*, in « Yale law journal », 1933-1934, p. 1241.

⁵² Dante, *Convivio*, IV, XXVI, 14.

legge che avevano compiuto san Paolo prima di ogni altro, e nell'Ottocento il Kierkegaard e il Dostoevskij: i quali avevano visto in essa il comodo ma vile riparo dell'anima che, esistenzialmente insicura, non ha il coraggio di affrontare il rischio della libertà nei confronti di Dio. Al giurista nutrito di psicologia, e americano per giunta, la norma oggettiva può bene apparire la « sottana della madre » (l'espressione, come si ricorderà, è del Kierkegaard⁵³, ma si attaglia perfettamente alla tesi del Frank) a cui l'uomo insicuro perché immaturo e debole si attacca per ripararsi dai rischi della vita di questo mondo.

⁵³ V. sopra, p. 177.

Aspetti filosofici della scienza giuridica del Novecento

1. *Kelsen: la struttura logica della norma giuridica.*

Le dottrine antiformalistiche di fondamento sociologico non avevano certo distrutto il positivismo giuridico formalistico, ma indubbiamente in qualche misura lo avevano indebolito; e, se non l'avevano posto in crisi, lo avevano costretto ad una sorta di esame di coscienza, facendolo un po' dubitare della saldezza delle sue basi. Per rinsaldare tali basi il formalismo giuridico aveva bisogno di un approfondimento critico che gli conferisse una « scientificità » meno incerta di quella che esso si era, alquanto temerariamente, attribuito fino ad allora; aveva bisogno, anzi, di costruirsi basi nuove.

Il formalismo, lo abbiamo veduto, era nato in origine, per opera dei pandettisti, come elaborazione di concetti ricavati per astrazione da dati storici. Ma per creare una vera scienza formale del diritto occorreva potersi servire di un principio qualificatore della giuridicità, dal quale i vari contenuti ricevessero la forma di questa. I giuristi della « giurisprudenza dei concetti », lo dichiarassero o no, questo criterio della giuridicità lo avevano trovato, senza cercare troppo lontano, nella statualità della norma: donde l'identificazione di formalismo e positivismo giuridico.

Quanto malfermo ed artificioso fosse questo criterio lo aveva mostrato non soltanto la critica polemica delle dottrine sociologizzanti, ma anche lo sforzo, ben altrimenti filosoficamente affinato, di costruire una teoria formale del diritto che fu compiuto dal neokantismo. Si poteva bene ricorrere alla *norma* per qualificare il diritto e per

ricavarne i concetti giuridici; ma il lavoro dei neokantiani mostrava che ciò non poteva ridursi ad adottare a questo scopo, empiricamente, la norma posta dallo Stato. Quando lo Stammler aveva voluto dar vita a una « teoria pura del diritto », non lo aveva certo fatto pensando di potere assumere come criterio della giuridicità un dato empirico (anche se poi in pratica aveva finito col farlo).

Ora proprio una *teoria pura del diritto* (*reine Rechtslehre*: è la stessa espressione usata dallo Stammler¹) intese edificare quello che è il più noto giurista del nostro secolo, Hans Kelsen (n. 1881), vissuto a Vienna fino al 1930, poi passato in Germania e quindi in Svizzera, e nel 1941 negli Stati Uniti. Il Kelsen definisce « pura » la sua dottrina perché questa « vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene all'oggetto esattamente determinato come diritto »², ossia « una dottrina depurata da ogni ideologia politica e da ogni elemento scientifico-naturalistico »³: una dottrina insomma tale da portare la giurisprudenza « all'altezza di una scienza autentica, di una scienza dello spirito »⁴.

Si comprende bene perciò come la dottrina kelseniana (anche se poi ha subito altri influssi, che hanno determinato in essa non trascurabili modificazioni) si ricolleggi, oltre che alla pubblicistica tedesca dei Gerber, dei Laband, dei Jellinek, al neokantismo, e come essa si valga, almeno all'origine, di un'impostazione kantiana: alla quale è da riconnettere il suo concetto-chiave, quello di coattività, che vale a qualificare la norma giuridica distinguendola dalle altre specie di norme.

Il Kelsen muove infatti, nella prima delle sue opere

¹ V. sopra, p. 271. Una « scienza giuridica pura » fu teorizzata, con ispirazione austiniana, anche dallo svizzero Ernesto Roguin (1851-1939).

² Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Vienna, 1960², I, 1 (p. 1).

³ Ivi, Prefazione alla prima ediz. (p. III).

⁴ Ivi.

maggiori, *Problemi capitali della dottrina del diritto dello Stato* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: 1911), dalla distinzione kantiana tra essere e dover essere, che egli adotta per potere stabilire la differenza essenziale del diritto dal mondo della natura⁵. Il diritto è « dover essere (*Sollen*) », mentre la natura è « essere (*Sein*) »; e, mentre la natura è, come aveva insegnato il Kant, costituita da fenomeni il nesso fra i quali si esprime mediante un giudizio fondato sul principio di causalità, il diritto — in quanto oggetto di conoscenza scientifica — è costituito da norme, ossia da proposizioni di doverosità, enuncianti un nesso tra eventi espresso mediante un giudizio fondato su un principio che il Kelsen chiama di « imputazione (*Zurechnung*) »⁶.

Pur distinguendo la norma giuridica dalla legge naturale, anzi contrapponendola a questa, il Kelsen rappresenta anch'essa come un giudizio ipotetico: la norma giuridica enuncia, egli dice infatti, che, dato un evento *A* (l'illecito) si verifica un evento *B* (la sanzione): nello stesso modo, in apparenza, in cui la legge naturale enuncia che, dato un evento *A* (la causa), si verifica un evento *B* (l'effetto). Per questo suo aspetto la dottrina del Kelsen è stata spesso ricompresa fra le teorie non imperativistiche, e avvicinata a quella dello Zitelmann, per il quale la norma giuridica era appunto un giudizio ipotetico; e, nei *Hauptprobleme*, lo stesso Kelsen in effetti insisteva sul carattere di giudizio logico, anziché di comando, della norma. La differenza tra questa e la legge naturale stava allora per lui tutta nella differenza tra imputazione e causalità, che corrispondeva alla distinzione kantiana fra i due mondi eterogenei del dover essere e dell'essere; ed il Kelsen non si soffermava sul punto capitale costituito dal fatto che la causalità è un nesso naturale tra fenomeni che il pensiero umano meramente constata, mentre l'imputazione

⁵ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubinga, 1911, I, 1 (pp. 7-11).

⁶ Ivi, I, 3 (pp. 72-84).

non è *constatazione* del nesso naturalisticamente necessario fra due eventi, ma *attribuzione* — compiuta dalla *volontà* di qualcuno — di una conseguenza ad un fatto che di essa non è di per sé *causa*, ma è *condizione*; e che lo è perché una volontà l'ha posta come tale.

Tuttavia, negli stessi *Hauptprobleme*, appare chiara l'idea che la conseguenza enunciata dalla norma giuridica è *voluta* dallo Stato⁷: Stato che proprio per questo il Kelsen identifica col diritto stesso. Nonostante la critica che il Kelsen muove diffusamente alle teorie imperativistiche, vi è qui implicito il riconoscimento che fondamento della norma è un comando, il quale è ciò che veramente *imputa* la sanzione all'illecito, conferendo alla norma il carattere di doverosità; ed in realtà il Kelsen, avendo del diritto una concezione sostanzialmente teleologica (egli lo chiama « tecnica sociale »⁸), non può non presupporre una volontà che voglia il fine, e che quindi *prescriva* una condotta in vista di questo.

L'intendere la norma giuridica come giudizio di dover essere fondato sul principio di imputazione, cioè di attribuzione di una conseguenza ad una condizione, porta con sé alcune posizioni, caratteristiche del kelsenismo, che appaiono ancor meglio definite nella *Dottrina pura del diritto* (*Reine Rechtslehre*: 1934, ma rielaborata nel 1960⁹) e nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* (*General theory of law and state*), apparsa in inglese in America nel 1945.

Come si è visto, secondo il Kelsen il giudizio costi-

⁷ Ivi, II, 4-6 (pp. 97-188).

⁸ Su ciò, di cui il Kelsen parla già nella *Reine Rechtslehre* del 1934 (§ 14: p. 28 ss.), v. *The law as a specific social technique* (1941), ora compreso, con altri scritti, in *What is justice?*, Berkeley-Los Angeles, 1957.

⁹ Fra l'edizione del 1934 e quella del 1960 la differenza non è trascurabile, perché nel periodo intermedio la dottrina del Kelsen ha subito una notevole evoluzione. L'edizione del 1934 era stata preceduta da un saggio, recante il medesimo titolo, apparso nel 1933 nella rivista italiana « Archivio giuridico » a cura di R. Treves.

tuito dalla norma giuridica è formulato come attribuzione (« imputazione ») di una conseguenza (*Rechtsfolge*) ad una condizione (*Rechtsbedingung*). La conseguenza è la sanzione; la condizione è l'illecito. Ma — e qui sta il capovolgimento della dottrina tradizionale che la tesi del Kelsen comporta — l'illecito è tale non perché lo sia di per sé, e nemmeno perché l'azione da cui è costituito sia vietata da un comando, bensì perché ad esso è « imputata », cioè è riconnessa con un nesso puramente logico, una sanzione¹⁰. Il « dover essere » del diritto non si riferisce quindi al comportamento del soggetto, all'obbligo che egli ha di osservare una determinata condotta, bensì al fatto che a questo comportamento « deve » essere fatta conseguire una sanzione. Da ciò discende che l'elemento fondamentale della giuridicità è appunto la sanzione; ed infatti il Kelsen, contrariamente all'uso, chiama « primaria » la norma (comunemente invece detta secondaria) che enuncia la sanzione come conseguenza di un dato comportamento, e « secondaria » quella (comunemente detta primaria) che prescrive o vieta ai soggetti un comportamento¹¹.

Così pure, il diritto soggettivo dal Kelsen non solo non è concepito come avente realtà prima della norma positiva o al di fuori di essa (concezione giusnaturalistica estranea a tutto il positivismo giuridico) ma non è neppure considerato una facoltà o potere attribuito da tale norma ad un soggetto: bensì è inteso come la possibilità giuridica di provocare la sanzione. Titolare di un diritto soggettivo è insomma « quell'individuo la cui manifestazione di volontà diretta alla sanzione, cioè la cui azione in giudizio, è condizione della sanzione »¹².

¹⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre* ediz. 1960, § 27, *b* (pp. 116-120).

¹¹ Kelsen, *General theory of law and state*, Cambridge Mass., 1949, I, IV, C (pp. 60-61). Nelle opere precedenti la distinzione (che appare per la prima volta nel 1920 in *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*) è meno accentuata.

¹² Ivi, I, VI, C, *d* (pp. 81-83).

2. *La gerarchia delle norme, la norma fondamentale e il principio di effettività nella teoria del Kelsen.*

Il « dover essere » della norma giuridica non solo non consiste nel dovere dei soggetti di comportarsi in una determinata maniera, ma neppure in quello del giudice di infliggere la sanzione che « deve essere » nel caso che se ne sia verificata la condizione (cioè che abbia avuto luogo l'illecito). Perché il giudice sia obbligato a far ciò, occorre che esista una norma ulteriore la quale imputi una sanzione ulteriore alla mancata esecuzione della prima sanzione. « Devono esistere pertanto due norme distinte: una la quale disponga che un organo deve eseguire una sanzione contro un soggetto, ed un'altra la quale disponga che un altro organo deve eseguire una sanzione contro il primo organo nel caso che la prima sanzione non sia eseguita »¹³.

A questa concezione della struttura logica della norma giuridica si riconnette così quella della gerarchia delle norme, o, per tradurre alla lettera l'espressione usata dal Kelsen, della « costruzione a gradini (*Stufenbau*) » dell'ordinamento giuridico. Tale teoria (che il Kelsen svolge nella parte della sua opera che chiama « nomodinamica », in contrapposto alla « nomostatica » costituita dalla teoria delle norme non vedute nella loro concatenazione) non compariva ancora nei *Hauptprobleme* del 1911, ma si delinea già in scritti minori degli anni successivi¹⁴, ed appare poi compiuta nel 1925 nella seconda delle opere maggiori kelseniane, la *Dottrina generale dello Stato* (*Allgemeine Staatslehre*), un paragrafo della quale è dedicato appunto alla *Stufentheorie*¹⁵.

Secondo questa teoria la validità di ogni norma (a par-

¹³ Ivi, I, IV, B (pp. 59-60).

¹⁴ Kelsen, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in « Archiv des öffentlichen Rechts », 1913; *Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung*, ivi, 1914.

¹⁵ Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1925, § 36 (p. 248 ss.).

tire da quelle che il Kelsen chiama norme individuali, che sono gli atti amministrativi e giurisdizionali) deriva da una norma superiore. Così la sentenza di un tribunale è valida, ossia ha esistenza come norma (individuale, in questo caso), perché esiste un'altra norma che attribuisce validità alle sentenze dei tribunali; e questa seconda norma a sua volta è valida perché posta in essere da organi ai quali la possibilità di emanare norme valide è attribuita da un'altra norma ancora, superiore ad essa¹⁶.

Ma questo processo « a gradini » per il quale ogni norma trova il proprio fondamento di validità in una norma superiore non può essere infinito: al suo culmine deve esservi una « norma fondamentale (*Grundnorm*) »¹⁷, che sia il fondamento di validità di tutto il sistema di norme che costituisce un ordinamento giuridico.

È questo il punto critico di tutta la dottrina kelseniana. Quale è questa norma fondamentale? E, soprattutto, perché essa è tale, ossia quale fondamento di validità essa ha, che le permetta di essere fondamento di validità per tutte le altre? Alla prima domanda nell'opera del Kelsen non si trova altra risposta se non che la norma fondamentale non è una norma *posta*, ma una norma *presupposta* (*vorausgesetzt*)¹⁸: ciò che può destare il sospetto che la necessità logica di questa norma sia relativa, non all'ordinamento giuridico, ma alla teoria dell'autore, e che cioè la si debba « presupporre » perché altrimenti la teoria verrebbe meno.

Il Kelsen specifica che tale norma fondamentale necessariamente presupposta è la costituzione « in senso logico-giuridico », cioè come « fattispecie produttrice di diritto » in quanto « l'individuo o l'assemblea degli individui che hanno approvato la costituzione su cui si basa l'ordinamento giuridico sono considerati un'autorità produttrice

¹⁶ Kelsen, *Reine Rechtslehre* ediz. 1960, § 6, c (p. 45 ss.), e, più ampiamente, § 34 (p. 196 ss.).

¹⁷ Ivi, § 34, a (p. 197).

¹⁸ Ivi.

di diritto »¹⁹. Senonché ciò rende ancor più pressante la seconda domanda: perché questa costituzione è valida? Che coloro che hanno fatto la costituzione siano considerati un'autorità produttrice di diritto è un puro *fatto*; e il dare per « presupposto » dell'ordinamento giuridico, in quanto fondamento ultimo di validità di esso, un puro fatto, preso come tale solo perché non si riesce a trovargli un ulteriore fondamento formale di validità, appare in contrasto con l'assunto del Kelsen di una teoria del diritto interamente formale (« pura »). Per salvare la « purezza » della sua costruzione egli si riappella al kantismo (o piuttosto alla terminologia kantiana) chiamando la norma fondamentale « presupposto logico-trascendentale » della validità oggettiva delle norme giuridiche, in quanto questa non sarebbe pensabile se non presupponendo tale norma; ma non si vede come la costituzione, o concetti analoghi, possano essere intesi come trascendentali, ed assai più convincente appare la constatazione che l'intero ordinamento giuridico, anche se visto nella sua pura struttura formale, esiste come ordinamento giuridico soltanto in virtù di un *fatto*.

Del resto, pur non avendo mai rinnegato la sua distinzione iniziale tra *Faktizität* e *Normativität*, il Kelsen è stato costretto, e non soltanto a questo proposito, a fare appello a quello che proprio lui ha teorizzato come « principio di effettività »: « la norma fondamentale si riferisce soltanto ad una costituzione che sia effettivamente stabilita... ed efficace (*wirksam*). Una costituzione è efficace quando le norme prodotte in conformità alle sue disposizioni sono applicate e seguite nelle loro grandi linee »²⁰. Questo, che il Kelsen scrive a proposito della validità del nuovo ordinamento giuridico nascente dalla rivoluzione, annulla l'autonomia logica (la « purezza ») di tutta la sua teoria, riadducendo questa a quella considerazione del fatto

¹⁹ Ivi, § 34, c (pp. 201-202).

²⁰ Ivi, § 34, f (p. 214).

sociologico dalla contaminazione con la quale essa voleva salvaguardare la scienza giuridica: in ultima analisi, il diritto, o l'ordinamento giuridico, c'è (è « valido ») perché c'è, ossia perché gli uomini per una ragione o per l'altra lo osservano (è « efficace »).

In effetti il Kelsen scorge con molta chiarezza l'astrattezza della distinzione, che egli stesso aveva compiuto — e che senza dubbio è assai suggestiva — tra « validità » ed « efficacia » del diritto, cioè tra l'elemento formale e quello storico-sociale di esso; e, riconosciuto che la corretta determinazione del rapporto fra tali concetti è « uno dei problemi più importanti ed al tempo stesso più difficili per una teoria positivistica del diritto », afferma che quest'ultima deve « trovare una via di mezzo fra i due estremi, che sono entrambi insostenibili », costituiti dalla tesi puramente normativistica, secondo la quale tra validità ed efficacia non esiste alcun rapporto, e dalla tesi puramente sociologica, secondo cui la validità del diritto si risolve nell'efficacia di esso ²¹.

Questo, che può apparire, e formalmente è, in contraddizione con l'impostazione di essa, è forse il motivo più vitale della teoria del Kelsen: il quale lo ha probabilmente ricavato dalla sua esperienza del diritto internazionale (in cui il problema della norma fondamentale si presenta particolarmente grave), ma che non ha potuto non riconoscerlo in tutta la vita del diritto. Proprio questa rinuncia alla « purezza » ha restituito al kelsenismo quel contatto con l'esperienza giuridica che esso, per amor di sistema e di *elegantia iuris*, tendeva a smarrire, e che spesso è stato smarrito da alcuni troppo entusiasti seguaci del Kelsen. Problema interessante resta quello dell'azione che sul superamento dell'astratto formalismo kantiano o pseudokantiano può avere esercitato l'incontro del Kelsen — trasferitosi, come si è detto, nel 1941 in America — con la *jurisprudence* analitica d'origine austri-

²¹ Ivi, § 34, g (p. 215).

niana, formalistica sí anch'essa ma di fondamento empiristico, della quale egli riconobbe molti punti di contatto con la propria teoria, soprattutto in relazione all'importanza del concetto di coattività ²².

3. I piú recenti sviluppi del pensiero kelseniano.

L'inserimento nel mondo giuridico americano indusse il Kelsen, come già abbiamo ricordato, a compiere nel 1945 una rielaborazione della sua teoria, in forma piú adatta a lettori anglosassoni, nella quale riuní in un'unica trattazione quanto aveva scritto intorno allo Stato nell'*Allgemeine Staatslehre* e intorno al diritto nella *Reine Rechtslehre*: le cui teorie in effetti coincidevano, essendo per il Kelsen Stato e diritto la stessa cosa. Ne risultò tuttavia un'impostazione diversa della teoria dello Stato, che nella *General theory* si presenta come implicata dalla teoria del diritto.

Tuttavia la *General theory* resta sostanzialmente sulle posizioni delle opere del periodo europeo, anche se vi si nota un minore rilievo dato al concetto di imputazione, sul quale la « dottrina pura » era stata fin dall'inizio imperniata; e se vi appare ammesso un rapporto fra normatività e causalità (se non altro d'ordine storico) ²³ che nelle opere precedenti, in cui i due concetti erano considerati eterogenei, era radicalmente escluso. Argomento già di due articoli del 1939 e del 1941 ²⁴, tale rapporto aveva del resto costituito uno dei problemi trattati con maggiore interesse in un'indagine sociologica a cui il Kelsen — fatto

²² Il Kelsen affrontò subito la questione del rapporto fra la propria teoria e quella analitica in *Pure theory of law and analytical jurisprudence*, in « Harvard law review » del 1941.

²³ Kelsen, *General theory of law and state* cit., I, I, D, b (p. 47).

²⁴ *Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip e Causality and retribution*.

già di per sé significativo — si era dedicato nel 1943²⁵; e fu poi oggetto di un importante saggio del 1950²⁶.

Così pure nella *General theory* si nota, come anche in opere più recenti del Kelsen, l'abbandono della tesi — all'inizio fondamentale — del carattere di giudizio ipotetico della norma giuridica: questo carattere viene ora attribuito alla proposizione della scienza che la descrive (*rule of law* nel testo inglese della *General theory*; *Soll-Satz* in quello tedesco dell'edizione 1960 della *Reine Rechtslehre*), con un'implicita accentuazione del carattere *prescrittivo* — e si potrebbe anche dire *imperativo* — della norma vera e propria (*legal norm*, *Soll-Norm*), la quale viene ora infatti esplicitamente riferita ad una volontà. Pur distinguendo l'atto di volontà, che è un fatto, e appartiene al mondo dell'essere, dalla validità della norma, che egli riafferma appartenere al *dover essere*, il Kelsen riconosce ora che tra i due elementi vi è un nesso, e che la validità è il « significato » dell'atto di volontà²⁷: il che equivale a dire che la norma è la forma logica di un comando. Da ultimo il Kelsen ha esteso questa concezione alla stessa norma fondamentale: dichiarando che, mentre in passato aveva configurato tale norma come « presupposta nel pensiero », ora ha dovuto « purtroppo » abbandonare tale teoria, perché ha riconosciuto che « un dover essere (*Sollen*) è necessariamente il termine correlativo di un volere (*Wollen*) », ragione per cui anche la norma fondamentale rimanda ad un atto di volontà che la ponga, pur se ciò costringe a considerarla una norma fittizia, posta da un atto di volontà in realtà inesistente²⁸.

²⁵ *Society and nature*.

²⁶ *Causality and imputation*, poi compreso, come anche *Causality and retribution*, nel cit. *What is justice?*

²⁷ Kelsen, *Reine Rechtslehre* ediz. 1960, § 4, b-c (pp. 4-15).

²⁸ Così nell'intervento del Kelsen riportato nella parte II del vol. *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, a cura di F.M. Schmölztz, Vienna, 1963, pp. 119-120.

4. *Scienza e filosofia nell'opera del Kelsen.*

Vi è una diffusa tendenza a vedere nel Kelsen, oltre il grande giurista che egli è, anche un filosofo; e ciò non tanto per le incerte basi kantiane — del resto oggi praticamente ripudiate — della sua dottrina, quanto per le analogie che sono state riscontrate tra talune sue posizioni (quelle, ad esempio, riguardanti i valori, che egli considera irrazionali) ed i princípi del neopositivismo, o positivismo logico, filosofia che ai nostri giorni ha largo seguito.

Che il Kelsen abbia avuto contatti con la cultura neopositivistica è certo; che la sua dottrina, nella fase americana di essa, ne sia stata influenzata, molti lo ritengono ma non è altrettanto pacifico. Non sembra comunque che sia da attribuire figura di filosofo al Kelsen, il quale, se lo fosse, come tale sarebbe di assai modesta statura, epigono di un impreciso neokantismo pronto ad assimilarsi, al contatto con altre esperienze giuridiche e filosofiche, a dottrine di tutt'altra specie. E non si può non osservare che il Kelsen, quando affronta problemi diversi da quelli della stretta teoria del diritto, denuncia carenza della cultura storico-filosofica indispensabile per trattare di essi senza ricorrere a luoghi comuni o addirittura cadere in inesattezze.

Così è, ad esempio, quando egli tratta del problema della giustizia: cosa che fa nel corpo di tutte le sue opere maggiori, ma anche in scritti specifici, tra cui il più importante è *Che cos'è la giustizia?* (*Was ist Gerechtigkeit?*) del 1953²⁹. Mentre infatti, dei due fronti su cui inizialmente la « dottrina pura », per affermarsi come tale, si era bat-

²⁹ Ripubblicato insieme con altri saggi in inglese nel cit. vol., a cui ha dato il titolo, *What is justice?* V. anche *Justice et droit naturel*, dapprima apparso nel III vol. delle « *Annales de philosophie politique* » (1959) e ripubblicato in tedesco col titolo *Das Problem der Gerechtigkeit* in appendice all'ediz. 1960 della *Reine Rechtslehre*. Ma dell'argomento il Kelsen si era occupato fino dalla prima redazione della *Reine Rechtslehre*, di cui v. le pp. 12-16.

tuta, quello sociologico e quello ideologico, il Kelsen ha finito praticamente con l'abbandonare il primo, ha continuato a resistere sul secondo: non avvertendo il nesso profondo che v'è tra ideologia e società, anche quando l'ideologia assuma i « metafisici » nomi di giustizia o di diritto naturale.

Il Kelsen vede ancora infatti nelle teorie giusnaturalistiche l'affermazione di valori assoluti costituenti entità oggettive; e per escludere la considerazione di elementi siffatti dalla trattazione scientifica del diritto trascorre all'estremo opposto, col sostenere che la giustizia e il diritto naturale esprimono sempre un ideale irrazionale, che ha le sue radici nella sfera delle emozioni: appoggiando la sua polemica ad argomentazioni storiche di valore assai discutibile.

Non è certo su questo terreno che il kelsenismo può qui interessarci. Al pari della giurisprudenza dei concetti o delle varie dottrine antiformalistiche, esso in questa sede ci interessa unicamente per ciò che filosoficamente implica in quanto metodo di scienza giuridica; sotto il quale aspetto esso è senza dubbio il più elaborato e raffinato approfondimento del positivismo giuridico. Ora l'evoluzione della « dottrina pura », che l'ha fatta venir meno — e crediamo felicemente — al suo assunto di « purificazione » della scienza giuridica, ha finito col rivelare meglio di ogni altra proprio l'insuperabile limite del positivismo giuridico formalistico; ed è proprio questo che fa attribuire all'opera kelseniana grandissima importanza sul terreno della filosofia del diritto: l'aver dimostrato — sono parole del Kelsen che abbiamo poco fa ricordato — come la tesi puramente normativistica sia non meno insostenibile di quella puramente sociologica o realistica.

5. L'istituzionalismo. S. Romano.

Negli anni in cui si andava compiendo, con la dottrina normativistica del Kelsen, il più vigoroso sforzo di fonda-

zione logica e di costruzione sistematica del formalismo giuridico, appariva in Italia la più conseguente e coraggiosa fra le teorie del diritto antinormativistiche: quella, incentrata sul concetto di istituzione, che Santi Romano (1857-1947) enunciò in un'opera del 1917 che ebbe vastissima eco, *L'ordinamento giuridico*³⁰.

Abbiamo già incontrato il concetto, od almeno il nome, di « istituzione » nella dottrina dell'Hauriou: presso il quale esso aveva una manifesta origine sociologica, e veniva d'altra parte forzato, senza successo, a fare da categoria filosofica. Il Romano conosce l'Hauriou, e forse accoglie da lui il termine *istituzione*; ma non sembra risentire tanto della sociologia — in Italia in quegli anni ormai quasi dimenticata — quanto della concreta esperienza del diritto osservata senza velleità sistematizzatrici. Del pari, il Romano si tiene deliberatamente fuori del campo della filosofia, non sfruttando neppure quegli indirizzi di essa, primo fra tutti quello del Croce, che potevano valere a suffragar la sua tesi. Questa è sostenuta unicamente sul terreno della considerazione empirica del diritto, e non vuole avere né premesse né conclusioni che stiano al di fuori o al di sopra di essa.

Il Romano si pone, nello studio del diritto, dal punto di vista esattamente opposto a quello del Kelsen. Questi muoveva dalla norma, e giungeva infatti soltanto in un secondo tempo (e per non essere riuscito a spiegare il diritto in quanto mera norma) all'ordinamento; il Romano muove dall'ordinamento, e nell'ambito di questo spiega il diritto anche come norma. « L'ordine sociale che è posto dal diritto », egli scrive in uno dei paragrafi fondamentali dell'*Ordinamento giuridico*, « non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinino i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo

³⁰ Del Romano si vedano inoltre le numerose opere di diritto pubblico, e, di particolare importanza per il nostro argomento, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947).

tempo, le avanza e le supera. Il che vuol dire che il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante »³¹.

La presa di posizione antinormativistica è precisa; ma non nega la realtà della norma, bensì inserisce questa in una realtà più ampia e complessa, che è la società. Poche righe prima di quelle che abbiām riportato, il Romano aveva scritto che il concetto del diritto « anzitutto deve ricondursi al concetto di società », e che « deve, in secondo luogo, contenere l'idea dell'ordine sociale »³². È per questo che egli afferma il concetto di *istituzione* come quello « necessario e sufficiente » per rendere in termini esatti quello di diritto, perché cioè dà ad esso il significato di « ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente »: « ogni ordinamento giuridico » egli dice, « è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta »³³.

Senonché neppure il Romano dà del concetto di istituzione una definizione esauriente. Essa è, egli dice, « ogni ente o corpo sociale »³⁴; ma a questa qualificazione che sarebbe semplice e precisa egli apporta subito limitazioni che conducono, come nel caso dell'Hauriou, a un concetto approssimativo e indistinto. In una nota aggiunta nella seconda edizione dell'*Ordinamento giuridico* il Romano afferma infatti che ci sono dei casi-limite di ente sociale al di là dei quali non si può più parlare di istituzione; e reca come esempi la « coda » di persone davanti a uno sportello, l'insieme di coloro che praticano determinati giochi, e simili organizzazioni « allo stato diffuso », esclu-

³¹ Romano, *L'ordinamento giuridico*, § 10 (p. 22 della 2ª ediz., Firenze, 1946).

³² Ivi (pp. 21-22).

³³ Ivi (pp. 22-23).

³⁴ Ivi, § 12 (p. 29).

dendo che si possa giungere a ravvisare il fenomeno giuridico in tutti gli stati di convivenza umana³⁵.

Ora questa limitazione del concetto di corpo sociale comporterebbe lo stabilimento di un criterio per determinare quali stati di convivenza costituiscono istituzioni e quali no; e il Romano, dopo aver detto che l'istituzione è ordinamento o organizzazione³⁶ (concetti anche questi che rimanderebbero a un criterio qualificatore, non apparendo chiaro dove cominci la società « ordinata » od « organizzata »), finisce con l'affermare che l'istituzione deve essere effettiva, concreta e oggettiva « nel mondo giuridico »³⁷: sicché cade nello stesso circolo vizioso in cui si era perduto l'Hauriou, dichiarando in sostanza che l'istituzione è giuridica quando è giuridica. D'altra parte tale circolo vizioso si potrebbe evitare soltanto — qualora si accettino le premesse del Romano — considerando giuridici tutti gli aspetti della vita sociale, cioè della vita dell'uomo nella storia, che è sempre vita dell'uomo nella società; ed è comprensibile che un giurista non si sia sentito di giungere a questa conclusione estrema, che farebbe del diritto la dimensione stessa dell'uomo nel mondo.

Varie critiche, oltre questa, furono rivolte alla teoria del Romano, al quale fu soprattutto rimproverato di avere ridotto il diritto al fatto della società, mentre a tale fatto esso sarebbe logicamente anteriore in quanto principio ordinatore della vita sociale, e di non avere tenuto conto dell'attività del soggetto nella creazione del diritto, considerando invece questo sotto un aspetto meramente oggettivo. A critiche siffatte, d'ordine filosofico, il Romano aveva inteso sottrarsi ponendosi dichiaratamente fuo-

³⁵ Ivi, nota 29 *ter*. Il Romano si riferisce qui a quanto aveva scritto V. E. Orlando in *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato* (1926), e cioè che qualsiasi pluralità di uomini associata per un fine comune genera una legge il cui contenuto non è « diverso da quello che si suole riconoscere come proprio delle norme giuridiche ».

³⁶ Ivi, § 13 (pp. 33-36).

³⁷ Ivi, § 18 (p. 55).

ri del campo della filosofia; ma indubbiamente la sua impostazione del problema del diritto, anche se non voleva essere filosofica, toccava la filosofia, e non fu infatti senza conseguenze sul pensiero filosofico-giuridico italiano. Oltre a determinare nuovi e fecondi indirizzi nella scienza giuridica, l'istituzionalismo agì efficacemente nello scuotere il dogma della statualità del diritto, caposaldo del positivismo giuridico ottocentesco derivato storicamente dal carattere accentratore dello Stato moderno e in particolare napoleonico; e rafforzò per contro quel principio della pluralità degli ordinamenti giuridici — comportante, con grave scandalo dei giuspositivisti statualisti, anche la giuridicità degli ordinamenti illeciti³⁸ — che aveva radici antichissime, e che all'inizio del Novecento aveva ripreso vigore per opera della sociologia da una parte, dell'idealismo (si pensi al Croce) dall'altra. Si allargò così il campo dell'esperienza giuridica, e si aprì la via ad una visione del diritto non più come norma, anzi come una sola specie di norme, ma come attività: attività non limitata a un ristretto campo, bensì estesa a molti aspetti della vita umana (e si potrebbe anche dire a tutti).

6. Altre dottrine istituzionalistiche.

Posteriori all'opera del Romano (ma indipendenti da essa, che fuori d'Italia rimase pressoché sconosciuta) sono altre dottrine, sorte in Francia, al cui centro è del pari il concetto, variamente inteso, di istituzione.

La più notevole è quella del russo naturalizzato francese Giorgio Gurvitch (1894-1965), di origine sociologica e socialista, incentrata sul concetto di « fatto normativo »: che per lui significa le comunità che « in un solo e

³⁸ Su ciò il Romano in *op. cit.*, § 30 (pp. 100-102). Egli considera ordinamento giuridico anche la rivoluzione, in quanto « organizzazione statale in embrione » (*Frammenti di un dizionario giuridico*, pp. 220-233 della 2ª ediz., Milano, 1953).

medesimo atto generano il diritto e fondano la loro esistenza su esso », ossia « creano il loro essere generando il diritto che serve loro da fondamento »³⁹.

Ma neanche il Gurvitch si sente di considerare fatti normativi tutti i gruppi sociali; e distingue fra comunità « attive », che sarebbero quelle che hanno « un'opera da compiere », e comunità « passive », come ad esempio le comunità d'amore e d'amicizia⁴⁰. Solo le prime sono fatti normativi, perché le seconde « si dimostrano sterili dal punto di vista del diritto »⁴¹; e così anche il Gurvitch cade nel consueto circolo vizioso, dicendo in sostanza che sono attive le comunità che generano diritto e passive quelle che non ne generano, e chiamando d'altra parte *diritto* le norme generate dalle sole comunità attive.

Ciò non sarebbe da rimproverargli se egli, che era per vocazione e per preparazione un sociologo (più tardi infatti si dedicò interamente alla sociologia giuridica) avesse inteso restare sul piano della descrizione empirica dei fenomeni sociali, piano sul quale le distinzioni empiriche sono legittime. Egli invece volle fondare sul fatto normativo, in cui vide la fonte di un « diritto di integrazione », una filosofia, che chiamò « transpersonalismo », con l'intento di conciliare il sociologismo, il normativismo formalistico e il giusnaturalismo⁴²; e sulla base di questa filosofia eclettica e confusa, appellantesi fra l'altro a precedenti storici attinti a una conoscenza della storia filosofica assai debole, elaborò una dichiarazione, tra giusnaturalistica e sociologica, dei « diritti sociali » (*La déclaration des droits sociaux*: 1946), che intendeva fondare la garanzia di questi, distinti nei tre gruppi di diritti del produttore, diritti del consumatore, diritti del cittadino, anziché sui principi dello Stato libe-

³⁹ Gurvitch, *L'idée du droit social*, Parigi, 1932, p. 119; cfr. *Éléments de sociologie juridique*, Parigi, 1940, p. 144.

⁴⁰ Ivi, p. 118.

⁴¹ Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, cit., p. 145.

⁴² Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Parigi, 1935, p. 52; *L'idée du droit social* cit., p. 120.

rale, sul principio di una società pluralistica in cui i gruppi sociali si limitino e si equilibrino reciprocamente.

Tentò di fare dell'istituzione una categoria filosofica anche il francese Giorgio Renard (1876-1943) ricollegandola a presupposti metafisici attinti al tomismo della neo-scolastica, nell'intento di fondare una dottrina antivolontaristica ed oggettivistica del diritto; ma in realtà egli sovrappone la filosofia ad una teoria sociologica già compiuta indipendentemente da essa, anche se parla, alquanto ambiziosamente, di « filosofia dell'istituzione »⁴³.

7. Il realismo scandinavo: Hägerström, Lundstedt, Olivecrona.

« Realismo » è comunemente definito l'indirizzo di teoria giuridica sorto all'inizio del secolo in Svezia ed in Danimarca e che oggi è fra quelli che sono oggetto di maggiore interesse. Esso non ha tuttavia connessione diretta col realismo americano, e, differentemente da questo, non rifugge dalla sistematicità, anche a costo di qualche astrattezza. Il carattere « realistico » delle teorie dei giuristi scandinavi è costituito dal loro rifiuto non solo del giusnaturalismo, ma anche del positivismo normativistico e formalistico, di cui non accettano il metodo di elaborazione dei concetti giuridici fondamentali: il che non esclude tuttavia che alcuni di tali giuristi — in particolare il Ross, di cui si dirà nel prossimo paragrafo — si avvicinino per qualche aspetto della loro dottrina al kelsenismo.

Tipica del realismo scandinavo è la concezione del diritto come fenomeno psichico collettivo consistente nel ritenere che esistano diritti soggettivi e doveri come qualcosa di diverso dalla realtà empirica. I realisti non

⁴³ Tale è il titolo di un'opera del Renard del 1939, *La philosophie de l'institution*; v. anche *La théorie de l'institution* (1930) e *De l'institution à la conception analogique du droit* (1935). Una teoria istituzionale neotomistica fu in Francia anche quella di Joseph T. Delos, di cui v. *La théorie de l'institution* (1931).

negano che tale credenza abbia importanza, giacché ha notevolissimi effetti, determinando il comportamento degli individui e dei gruppi sociali; ma la considerano un fenomeno di immaginazione, razionalmente ingiustificato.

La forza vincolante del diritto, essi affermano, ha realtà soltanto come idea della mente umana; e diritti soggettivi e doveri giuridici sono pertanto poteri ed obblighi immaginari a cui fuori della mente degli uomini non corrisponde nulla. Mossi da esigenze radicalmente empiristiche e anti-metafisiche, e convinti che tutte le nozioni non suscettibili di verifica empirica sono creazioni arbitrarie dovute ad un uso errato del linguaggio, alla superstizione, all'effetto di antiche pratiche magiche, all'oggettivazione fantastica di sentimenti, i realisti scandinavi sostengono che una conoscenza scientifica del diritto può aversi soltanto attenendosi alla realtà empirica, ai fatti: esaminando — è il titolo di un libro di uno di essi — « il diritto come fatto ».

In conseguenza di questa convinzione dell'irrealtà del diritto, come compito del giurista viene intesa la tecnica costituita dalle parole e dai procedimenti rituali con cui si determinano comportamenti e abitudini negli uomini suscitando in essi un « senso di obbligazione » riconnesso alla credenza che quelle parole e quei riti creino vincoli e poteri reali. È perciò escluso nella considerazione del diritto ogni elemento valutativo, e il fenomeno giuridico è assunto come oggetto di una pura descrizione.

Iniziatore del realismo scandinavo è stato lo svedese Axel Hägerström (1868-1939), considerato il fondatore, o uno dei fondatori⁴⁴, della « scuola di Uppsala », la quale, all'incirca all'inizio del nostro secolo, reagì all'idealismo metafisico e dogmatico dominante fino ad allora in Svezia e professò per contro un radicale realismo ed oggettivismo in gnoseologia, e un relativo irrazionalistico in morale. Questi sono infatti i caratteri della filosofia a cui lo Hägerström pervenne dopo l'abbandono di un'iniziale posizione

⁴⁴ Insieme con Adolf Phalén (1884-1931).

kantiana e che sono efficacemente espressi dal motto che egli premise nel 1929 ad una sua « autopresentazione »⁴⁵: « *Praeterea censeo metaphysicam esse delendam* ».

A tale assunto lo Hägerström si attenne anche nei suoi scritti di filosofia giuridica⁴⁶, la cui tesi essenziale è che il diritto positivo è soltanto un sistema di regole per gli organi dello Stato (essi stessi definiti da queste regole) che assicurano certi vantaggi agli individui. In qualsiasi altro senso il diritto è un'idea di poteri soprasensibili di carattere magico, e quindi un'idea falsa; ed i concetti di cui si serve la scienza giuridica sono entità « mistiche » o « metafisiche » a cui non corrisponde niente di reale.

Del pensiero dello Hägerström risente fortemente l'altro svedese Vilhelm Lundstedt (1882-1955), il più estremista fra i realisti scandinavi, autore di un libro dal significativo titolo *La non scientificità della scienza giuridica*⁴⁷. Secondo il Lundstedt i diritti e gli obblighi giuridici non esistono, e perciò non possono essere oggetto di scienza; un discorso scientifico intorno al diritto dovrebbe addirittura escludere tali espressioni ed altre consimili — giustizia, torto, colpa, responsabilità ecc. —, o per lo meno, se per la loro utilità pratica le si vuole usare, porle tra virgolette, ad indicarne l'improprietà dell'uso⁴⁸. Quelli che vengono chiamati « diritti » sono soltanto posizioni di vantaggio che esistono

⁴⁵ Nel vol. VII della serie *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Lipsia, 1929. Si può vederne la traduz. inglese (*A summary of my philosophy*) in Hägerström, *Philosophy and religion*, Londra, 1964.

⁴⁶ *Stato e diritto* (*Stat och rätt*, 1904); *Il diritto positivo è espressione di volontà?* (*Ar gällande rätt uttryck av vilja?*, 1916); *Sul problema del concetto di diritto oggettivo* (*Till fragan om den objektiva rättens begrepp*, 1917); *Diritto naturale nella scienza del diritto penale?* (*Naturrätt i straffrättsvetenskapen?*, 1920). Altri scritti (i più noti, perché in lingua tedesca) riguardano argomenti romanistici, ma anche essi possono interessare perché sono fondati sull'idea del carattere magico dei concetti giuridici.

⁴⁷ *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* (1932-1936), redatta in tedesco. Del Lundstedt v. anche *Legal thinking revised* (1956), redatto in inglese.

⁴⁸ Lundstedt, *Legal thinking revised*, Stoccolma, 1956, pp. 16-17.

come tali perché abitualmente vengono tutelate dallo Stato mediante l'organizzazione giudiziaria. Le norme giuridiche non hanno neppur esse realtà, perché i giudici, anche se si servono di proposizioni verbali preesistenti, di fatto decidono in base a regole formulate da loro stessi in vista dell'utilità sociale (che essi intendono a proprio modo).

Del pari ispirato ai principi dello Hägerström è un terzo svedese, Karl Olivecrona (n. 1897), che è appunto l'autore dell'opera a cui poco fa alludevamo, *Il diritto come fatto* (*Law as fact*, 1939, scritta in inglese)⁴⁹. Egli precisa, con maggiore equilibrio e con maggiore chiarezza del Lundstedt, le tesi caratteristiche della scuola: prima fra tutte quella del carattere immaginario e fittizio dei concetti, storicamente di origine magica, di diritto soggettivo e di dovere giuridico.

Fra gli aspetti più interessanti dell'opera dell'Olivecrona sono l'analisi della natura della forza vincolante del diritto, analisi che si conclude con l'affermazione che tale forza « è una realtà solo come idea presente nelle menti umane, e non vi è nulla nel mondo esterno che corrisponda a questa idea »⁵⁰, e la teoria circa la natura delle norme giuridiche, dall'Olivecrona considerate « imperativi indipendenti », o « impersonali », cioè immagini di azioni proposte come modelli per la condotta degli uomini, le quali, benché espresse in forma imperativa appunto per influenzare tale condotta, non sono comandi, perché il comando presuppone una persona che comandi ed un'altra a cui il comando sia diretto⁵¹: mentre nella legge manca la persona di

⁴⁹ Di tale opera l'Olivecrona ha compiuto una rielaborazione con notevoli modificazioni, che nell'originale svedese (1966) reca il titolo *Rättsordningen* e nella traduz. italiana (1971) *La struttura dell'ordinamento giuridico*. Si veda inoltre *Om lagen och staten* (1940), noto nella contemporanea traduz. tedesca *Gesetz und Staat*, e *Legal language and reality*, nel vol. *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962.

⁵⁰ Olivecrona, *Law as fact*, Copenaghen-Londra, 1939, Introduzione (p. 17).

⁵¹ Ivi, I (p. 35).

chi comanda, non potendo considerarsi tale lo Stato, la cui opera legislativa è compiuta da svariate persone delle quali nessuna è realmente autrice di un comando⁵². Le norme giuridiche non sono perciò comandi, bensì asserzioni, nella forma « deve essere compiuta *questa azione* »⁵³.

La visione non-imperativistica del diritto informa anche un'altra interessante tesi dell'Olivecrona: quella — che appare anche in qualche affermazione incidentale del Kelsen — secondo la quale le norme giuridiche non sono norme garantite dalla forza, come vengono comunemente considerate, ma norme *riguardanti* la forza (*rules about force*). Il classico problema del rapporto tra diritto e forza, ossia della coattività del diritto, è risolto così dall'Olivecrona con l'intendere il diritto come organizzazione della forza, e la forza, anziché mezzo per realizzare il diritto, come oggetto o contenuto di esso: « è impossibile », egli scrive, « sostenere che il diritto in senso realistico è garantito o protetto dalla forza; la situazione reale è che il diritto — l'insieme di norme che si riassumono con la parola *diritto* — consiste di norme riguardanti la forza, norme che contengono modelli di condotta per l'esercizio della forza »⁵⁴.

8. Ross.

La tesi che « il rapporto delle norme giuridiche con la forza sta nel fatto che le norme concernono l'applicazione della forza, e non che esse sono sanzionate dalla forza »⁵⁵ è condivisa dal danese Alf Ross (n. 1899), che, allievo del Kelsen a Vienna prima di divenirlo dello Hägerström a Uppsala, è, fra i realisti scandinavi, quello che imposta la

⁵² Ivi, Introduzione (pp. 23-24).

⁵³ Ivi, I (pp. 44-45).

⁵⁴ Ivi, IV (p. 134).

⁵⁵ Ross, *On law and justice*, Londra, 1958, § 11 (p. 53). Le opere del Ross vanno considerate in relazione ai diversi momenti dello sviluppo del suo pensiero: questo si evolve sensibilmente da *Theorie der Rechtsquellen* (1929) a *Towards a realistic jurisprudence* (1946) ed a *On law and justice* (1948).

teoria del diritto nel modo meno lontano dalla tradizione sia del continente europeo sia dell'Inghilterra.

Molto attento alle moderne teorie dell'analisi del linguaggio, il Ross si domanda anzitutto quale tipo di enunciato le norme giuridiche costituiscano, e conclude che esse sono direttive aventi come scopo il guidare tanto i giudici quanto i cittadini a comportarsi in un certo modo desiderato. Egli esclude così che le norme siano asserzioni⁵⁶; e pone in evidenza, assai più di quanto facciano gli altri realisti, anzi differentemente da essi, un elemento che, pur con significato meramente empirico, richiama il « dover essere » kelseniano, la normatività distinta in qualche modo dal puro fatto.

In realtà tuttavia, mentre il Kelsen ripone l'esistenza della norma nella sua validità formale, cioè nella sua conformità ad una norma superiore, il Ross ne fonda la validità sull'esistenza in quanto efficacia. Egli non nega la normatività del diritto, ma la intende come un tipo di linguaggio che costituisce un fenomeno reale, e che solo per questo è valido. Proprio per dare al diritto la possibilità d'essere oggetto di conoscenza scientifica, il Ross ne riconduce la normatività al *fatto*, solo elemento che gli possa attribuire validità: « un sistema di norme è valido se esso è idoneo a fungere da schema di interpretazione di un corrispondente insieme di azioni sociali, in modo tale che divenga possibile per noi comprendere questo insieme di azioni come un tutto coerente di significato e motivazione, e che ce ne sia possibile, entro certi limiti, la previsione »⁵⁷ (come è, secondo un paragone divenuto famoso, per il complesso di norme relative al gioco degli scacchi, insieme di azioni incomprensibile per un osservatore che non sapesse che tali azioni corrispondono a certe regole e che di queste regole non avesse conoscenza⁵⁸). E, aggiunge il Ross, questa idoneità del sistema delle norme a servire da stru-

⁵⁶ Ivi, § 1 (pp. 8-9).

⁵⁷ Ivi, § 8 (p. 34).

⁵⁸ Ivi, § 3 (p. 13 ss).

mento di interpretazione delle corrispondenti azioni è fondata sul fatto che le norme « siano effettivamente osservate in quanto sentite come socialmente vincolanti »⁵⁹; « un sistema giuridico nazionale, considerato come sistema valido di norme, può essere quindi definito come le norme che sono effettivamente operanti nella mente del giudice perché da lui sono avvertite essere socialmente vincolanti e perciò obbedite »⁶⁰. Come gli altri realisti, il Ross riduce la validità del diritto alla sua efficacia; ma dopo un'assai più sottile analisi della struttura normativa di esso.

Familiare con il neopositivismo, il cui principio fondamentale è che un'asserzione, per essere valida, deve essere empiricamente verificabile, il Ross applica tale principio anche alla scienza giuridica, intendendo questa come scienza sociale empirica: le proposizioni circa il diritto valido devono essere interpretate con riferimento a fatti sociali⁶¹. Sono questi ultimi a costituire il « contenuto reale » — secondo il linguaggio neopositivistico — delle proposizioni costituenti le norme; e, più precisamente, lo sono i fatti sociali corrispondenti a norme giuridiche.

Qui appare tutta la rilevanza della teoria che il Ross, come si è detto, ha in comune con l'Olivecrona, della norma giuridica come regolatrice della forza: perché, essendo le norme giuridiche norme che, appunto, regolano l'esercizio della forza da parte dei tribunali, « ne consegue che i fenomeni giuridici come corrispondenti alle norme sono le decisioni dei tribunali »⁶². L'effettività in cui la validità del diritto viene *verificata* (cioè nella quale essa è risolta) è il comportamento reale dei giudici, non quello dei cittadini. Non ha importanza che questi ultimi si conformino o no a quanto è prescritto dalla norma; anzi, osserva il Ross, « quanto più effettivamente una norma è osservata nella vita giuridica extragiudiziale, tanto più diffi-

⁵⁹ Ivi, § 8 (p. 34).

⁶⁰ Ivi (p. 35).

⁶¹ Ivi, § 9 (p. 40).

⁶² Ivi, § 8 (p. 34).

cile è accertare se essa possiede validità, perché i tribunali hanno minore possibilità di manifestare le proprie reazioni »⁶³.

Questo non significa che il Ross giunga alla tesi dei realisti americani — ai quali egli rimprovera di perdere di vista il carattere normativo del diritto — secondo cui il diritto è la previsione di ciò che faranno i tribunali; ma certo le sue conclusioni non sono molto lontane da quelle del realismo d'oltreoceano. Quest'ultimo però, risultato di un'esperienza storico-giuridica particolare, si limita a prendere atto della realtà sociale del diritto, con procedimenti teorici per vero alquanto grossolani e semplicistici, sbarazzandosi avventatamente di tutto il lavoro della giurisprudenza concettuale e normativistica. Il realismo scandinavo, e soprattutto questo del Ross, è raffinata e sottile costruzione teorica, che nel guardare alla *realtà* del diritto mette tuttavia a frutto l'esperienza del normativismo.

9. Tra austinismo, kelsenismo e realismo: Hart.

Di molta fortuna gode oggi la dottrina dell'inglese Herbert L. A. Hart (n. 1907), il più recente rappresentante di quella « *jurisprudence* analitica » che, fondata dall'Austin, ha costantemente dominato gli studi inglesi — ed in parte quelli americani — di teoria del diritto, anche se non ha avuto eco nell'effettiva vita giuridica dell'Inghilterra. Tale fortuna è dovuta, oltre che agli intrinseci pregi dell'opera dello Hart, al fatto che egli innesta nella *jurisprudence* analitica molti elementi del kelsenismo, familiari e cari ai teorici del diritto continentali, e che egli risente inoltre — pur se moderatamente e con equilibrio — delle suggestioni della filosofia analitica, di cui Oxford, sede universitaria dello Hart, è uno dei centri maggiori.

⁶³ Ivi (p. 36).

La filosofia analitica (cioè la filosofia neopositivistica che ha come suo principale strumento l'analisi del linguaggio) attira oggi infatti l'interesse di molti teorici del diritto, che ritengono di poter trovare nel suo insegnamento di esattezza e di rigore nel pensare e nel parlare il mezzo per dare alla giurisprudenza quel carattere scientifico che essa va inseguendo da secoli.

Lo Hart si richiama, come si è detto, all'Austin, pur non accettandone totalmente la posizione; e preliminarmente accoglie da lui (e dal Bentham) la distinzione del diritto « quale è » dal diritto « quale dovrebbe essere », rappresentandola come distinzione del diritto dalla morale. Da ciò deriva un atteggiamento di rigoroso positivismo giuridico (espresso, per verità, più negli scritti minori e meno recenti che non nell'opera principale, *The concept of law* del 1961)⁶⁴: ma non nel senso che questa espressione ha assunto nella seconda metà dell'Ottocento, ed in cui prevalentemente è usata, di riduzione di tutto il diritto a comando dello Stato, bensì in quello — da esso, almeno in astratto, distinto — di attribuzione al diritto, sul piano dell'indagine scientifica, di assoluta indipendenza da considerazioni di valore.

Appunto su questo terreno giuspositivistico ha luogo l'incontro tra lo Hart e il Kelsen. Dal Kelsen lo Hart accoglie, come concetto centrale del diritto, quello di norma, sostituendolo a quello austiniano di comando coattivo⁶⁵; e nel diritto vede l'unione di due tipi di norme, le primarie, che impongono obblighi, e le secondarie, che attribuiscono poteri. Nella combinazione di questi due tipi di norme lo Hart ritiene che stia quella « chiave della scienza del diritto » che, egli dice, l'Austin, errando, proclamava di aver trovato nella nozione di comando coatti-

⁶⁴ Fra tali scritti minori v. soprattutto *Positivism and the separation of law and morals* (1958); tale saggio, in traduz. italiana, è compreso nel vol. a cui è stato dato come titolo *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964.

⁶⁵ Hart, *The concept of law*, Londra, 1961, V, 1 (p. 77 ss.).

vo⁶⁶: errando, perché le norme « secondarie », in quanto attribuiscono facoltà, non rientrano nella categoria dei comandi.

L'esistenza di sole norme primarie, ossia di comandi posti da un'autorità sovrana, non varrebbe a costituire un ordinamento giuridico: perché questo possa esservi, occorre che si verifichi una situazione sociale più complessa, in cui per l'individuazione delle norme primarie che impongono obblighi (*rules of obligation*) sia accettata e usata una norma secondaria di riconoscimento (*rule of recognition*)⁶⁷. Questa « norma di riconoscimento », che fornisce sia ai privati sia ai funzionari pubblici il mezzo per individuare le norme obbliganti, viene quindi a costituire il concetto centrale della dottrina dello Hart, nel cui seno esercita, almeno per certi aspetti, la stessa funzione della norma fondamentale nella dottrina del Kelsen: anche se ciò avviene attraverso un procedimento logico assai diverso, che assume subito la norma di riconoscimento come fatto empirico, senza farlo surrettiziamente col presentarla come presupposto logico-trascendentale della validità dell'ordinamento.

Normalmente, dice infatti lo Hart, la norma di riconoscimento di un ordinamento giuridico non è formulata espressamente come tale, anzi non lo è nemmeno come norma: « nella maggior parte dei casi la norma di riconoscimento non viene dichiarata, ma la sua esistenza è *rivelata (is shown)* dal modo in cui vengono individuate le norme particolari » sia da parte degli organi pubblici sia da parte dei privati⁶⁸; essa è insomma implicita nell'attività giuridica effettiva, è quella *usata* in essa, costituita dal *fatto* che autorità e cittadini attribuiscono validità a determinate norme.

A questo proposito assume grande rilevanza la distinzione che lo Hart compie tra i due punti di vista, *interno*

⁶⁶ Ivi (p. 78).

⁶⁷ Ivi, VI, 1 (p. 97).

⁶⁸ Ivi (p. 98).

ed esterno, sotto i quali il diritto può venire considerato. Chi si pone di fronte ad esso dal punto di vista esterno constata che determinati soggetti si comportano secondo determinate regole, il che gli fa dire che in quel luogo costituisce diritto un certo tipo di norme; il punto di vista interno è invece appunto quello per il quale tali norme vengono considerate diritto, cioè il *consenso* prestato alle norme stesse⁶⁹. Si potrebbe riconoscere qui una velata argomentazione contrattualistica che fondi la validità del diritto sul *riconoscimento* da parte dei suoi destinatari, conformemente a una linea di pensiero che va dal Socrate del *Critone* al Bierling; ma vi si può più semplicemente ravvisare la solita riduzione della validità all'efficacia, a cui alla resa dei conti anche i più ferventi formalisti sono costretti: diritto è quello che, essendo considerato tale, come tale è applicato (e che infatti dal punto di vista esterno è come tale individuato). Ed infatti lo Hart, pur negando che una singola norma possa perdere validità per il fatto di essere stata costantemente disapplicata, quanto all'ordinamento giuridico nel suo complesso fa dipendere l'esistenza, ossia la validità, di esso dalla sua efficacia: come era stato costretto a fare anche il Kelsen⁷⁰, con un'implicita resa del formalismo a qualche cosa di molto simile al realismo.

Degno di nota è che in *The concept of law* è assai attenuata la chiusura nei riguardi della valutazione etica del diritto, che, in scritti precedenti assai rigida⁷¹, portava a una separazione radicale fra diritto e morale. Pur tenendo fermo il principio che una norma formalmente valida in relazione all'ordinamento di cui fa parte è giuridica anche se è ingiusta o dannosa, ora lo Hart dichiara che sono « caratteristiche indispensabili » del diritto positivo le « forme minime di protezione delle persone, della proprietà e delle promesse », rifiutando la tesi giuspositivi-

⁶⁹ Ivi (pp. 99-100).

⁷⁰ V. sopra, pp. 340-341.

⁷¹ V. soprattutto *Positivism and the separation of law and morals* cit.

stica secondo la quale il diritto può avere qualsiasi contenuto⁷². Gli argomenti tradizionali della polemica fra giuspositivisti e giusnaturalisti sono esposti ed esaminati dallo Hart con attenzione⁷³; e ne risulta un atteggiamento di grande equilibrio, che non consente di fare dello Hart quel campione del positivismo giuridico più rigoroso che molti suoi seguaci additano in lui, e che lo colloca invece al di sopra della polemica, spesso tendenziosa e viziata da pregiudizi, tra gli assertori ed i negatori dell'elemento valutativo nella considerazione teorica del diritto.

⁷² Hart, *The concept of law*, IX, 2 (p. 195).

⁷³ Si vedano, di *The concept of law*, tutti i capp. VIII e IX. Sull'argomento v. anche *Law, liberty and morality* (1963).

Le teorie giuridiche dei regimi totalitari

1. Il comune presupposto antindividualistico.

Pur di natura diversa ed ispirati a ideologie differenti, i regimi politici che dopo la prima guerra mondiale si instaurarono in Russia, in Italia e in Germania ebbero in comune un radicale antindividualismo. Essi portarono alle conseguenze estreme le tendenze che già nell'Ottocento si erano manifestate dapprima col romanticismo e l'idealismo, poi col materialismo storico e col sociologismo positivistico: in antitesi sempre, pur nella loro varietà, col giusnaturalismo individualistico dell'illuminismo, e quindi, sul terreno politico, con il liberalismo.

Di carattere essenzialmente, anzi esasperatamente, politico, le dottrine a cui i regimi totalitari si ispirarono o che, dopo essersi affermati al potere, si diedero, non comportavano di per sé un aspetto giuridico; alcune anzi lo avrebbero addirittura escluso, ed altre al diritto erano indifferenti. Ma, per il fatto stesso d'essersi realizzate in una società che ebbe, anche quando non avrebbe voluto averla, la forma dello Stato, espressero od accettarono determinate teorie giuridiche. Scarso interesse presentano quelle del fascismo italiano, che accettò tacitamente la dottrina dominante limitandosi a servirsene quando ciò poteva essergli utile; breve vita hanno avuto quelle del nazional-socialismo tedesco, ripudiate anche dagli stessi che le avevano elaborate; molto interessanti, anche per le vicende a cui sono andate soggette, sono quelle sovietiche, le quali avevano dietro di sé una precisa ideologia, che tuttavia,

per ciò che riguardava la teoria del diritto, proponeva problemi assai più di quanto fornisse soluzioni.

2. Le teorie sovietiche dalla rivoluzione al 1936. Rejsner.

Abbiamo veduto, quando abbiamo parlato del materialismo storico, che il Marx non dedicò una trattazione specifica al diritto, in quanto questo, come sovrastruttura dell'economia, non presentava a lui problemi particolari; tuttavia abbiamo incontrato qualche accenno incidentale ad esso, sostanzialmente nel senso che il diritto, incompatibile con il comunismo, scomparirà nella società comunista: per lo meno come diritto dello Stato, dato che quest'ultimo — a detta, per verità, del solo Engels, non del Marx — è destinato ad « estinguersi », e dato che la legge (cioè appunto il diritto dello Stato) è la forma tipica del diritto della società borghese¹.

Quando, nel 1917, la dottrina marxiana si trovò ad aver pratica applicazione in Russia, i teorici della rivoluzione, che di essa erano anche i capi politici, intesero attenersi a tali principi; ed il maggiore fra essi, il Lenin (Vladimir I. Uljanov: 1870-1924), in un celebre opuscolo scritto nel 1917, *Stato e rivoluzione*, (in cui egli per verità si fonda sulla tesi, engelsiana e non marxiana, dell'estinzione, o, come preferisce dire, « assopimento » o « deperimento » dello Stato), scrive che nella società comunista « gli uomini *si abituano* a poco a poco a osservare le regole elementari della convivenza sociale, da tutti conosciute da secoli, ripetute da millenni in tutti i comandamenti; a osservarle senza violenza, senza costrizione, senza sottomissione, senza quello speciale apparato di costrizione che si chiama Stato »². Con l'idea del « deperimento » dello Stato viene cioè accolta anche quella del-

¹ V. sopra, pp. 162-164.

² Lenin, *Stato e rivoluzione*, V, 2 (nella traduz. ital. delle *Opere complete*, XXV, Roma, 1967, p. 434). Facendo eccezione al criterio sinora seguito, ci riferiamo, per gli scritti in lingua russa, inaccessibili

l'estinzione del diritto, almeno nella misura in cui con « diritto » si intenda un complesso di norme fatte valere coattivamente da un apparato appositamente organizzato.

D'altra parte il Lenin, sempre in *Stato e rivoluzione*, richiamandosi a quanto aveva detto il Marx nella *Critica del programma di Gotha*³, ammetteva che in una fase intermedia — quella « socialista » — della costruzione della società comunista (quando cioè sia stata superata l'ingiustizia della proprietà privata dei mezzi di produzione ma non sia stato ancora realizzato il principio della giustizia comunista « ciascuno secondo la propria capacità, a ciascuno secondo le proprie necessità ») il diritto borghese in certa misura non può non sussistere. « Non si può pensare », ripete il Lenin col Marx, « senza cadere nell'utopia, che appena rovesciato il capitalismo gli uomini imparino, dall'oggi al domani, a lavorare per la società senza alcuna norma giuridica »⁴; e due anni dopo dichiarerà infatti che « è necessario mantenere l'ordine rivoluzionario più rigoroso, è necessario osservare scrupolosamente le leggi e le prescrizioni dello Stato sovietico e vigilare a che tutti le applichino »⁵.

Stato e rivoluzione è un'opera politica, dettata oltre tutto in gran parte da motivi contingenti (la polemica contro i socialisti riformisti, o « opportunisti »). Ma non si poteva non farne cenno a proposito delle teorie sovietiche del diritto perché queste furono fortemente condizionate dall'interpretazione — sulla cui esattezza i teorici marxisti disputano ancora — che vi è data della dottrina marxiana riguardo ad esso; anche se può apparire con-

alla quasi totalità dei lettori occidentali, a traduzioni in lingue più note, traduzioni della cui esattezza non rispondiamo. Del pari, i riferimenti ad opere in lingua russa, essendo inevitabilmente di seconda mano, non hanno potuto essere controllati.

³ V. sopra, pp. 163-164.

⁴ Lenin, *Stato e rivoluzione* cit., V, 3 (p. 439).

⁵ Lenin, *Lettera agli operai e ai contadini dopo la vittoria su Kolčak* del 24 agosto 1919, in *Opere complete*, traduz. ital., XXIX, Roma, 1967, p. 509.

traddittorio il trattare del diritto nel momento stesso in cui si accettava la tesi che questo in una società comunista sarà estinto. Ed in effetti i primi giuristi sovietici elaborarono teorie o del diritto borghese superato dalla rivoluzione, o del diritto della società « socialista », cioè del periodo di transizione che precede la realizzazione del comunismo.

Fra i giuristi russi del periodo che si può chiamare leninistico tre soprattutto sono da ricordare: il Rejsner, lo Stučka ed il Pašukanis⁶. Michail A. Rejsner (1868-1928) era stato (come il Gurvitch⁷, che abbandonò poi la Russia) allievo a Pietroburgo del giurista polacco Leone Petrażycki⁸ (1867-1931), nato cittadino russo ma trasferitosi a Varsavia appena ricostituita la Polonia indipendente, il quale, praticamente l'unico teorico del diritto degno di menzione della Russia prerivoluzionaria, aveva professato una dottrina psicologica del diritto come « emozione etica » contraddistinta da un'imperatività bilaterale e coercitiva. Pur criticandolo come legato a una concezione individualistica e borghese del diritto, il Rejsner ne apprezza l'opposizione al positivismo giuridico e al formalismo dogmatico e lo sforzo di dare al diritto un fondamento nuovo, che può essere esteso anche all'ambiente sociale⁹.

Delle teorie del Petrażycki qualcosa effettivamente

⁶ Trasliteriamo i nomi russi, come già facemmo per il Dostoevskij, secondo il metodo scientifico internazionale; le equivalenze fonetiche dei segni che appaiono in questo capitolo sono a un dipresso le seguenti: c = z sorda, come in *ragazzo*; č = c palatale, come in *cerà*; e = ie; ě = io; š = sc, come in *scemo*; y = i gutturale; ž = j francese.

⁷ V. sopra, pp. 349-351.

⁸ Tale è la grafia polacca, e quindi originaria ed autentica, del nome di questo autore (pron. Petražŭzki, dando a j il suono che ha in francese e a ŭ quello che ha in tedesco), che, appearing prevalentemente in libri scritti in russo e stampati in caratteri cirillici, è stato traslitterato in varie maniere.

⁹ Ciò nell'opera del Rejsner *La teoria del Petrażycki, il marxismo e l'ideologia sociale* (1908). Del Rejsner l'opera principale è *Il diritto: il nostro diritto, il diritto straniero, il diritto generale* (1925). Di entrambe una traduz. inglese parziale è nel vol. *Soviet legal philosophy*, Cambridge Mass., 1951.

passò nel pensiero del Rejsner (nel parlare di tali autori, le cui opere esistono per gran parte soltanto in lingua russa e non si possono conoscere che di seconda mano o attraverso traduzioni parziali e non controllabili, ogni giudizio è tuttavia in larga misura arbitrario); soprattutto, il Rejsner ne accolse la concezione del diritto come fenomeno non necessariamente connesso con lo Stato, la quale gli permise di contrapporre al diritto vigente un diritto « rivoluzionario » latente nella psicologia delle masse popolari. Questa idea conduce il Rejsner ad intendere la rivoluzione come il conflitto tra il diritto spontaneo, o « intuitivo », della classe dominata e il diritto della classe dominante (che è il diritto positivo): tesi che riesce a non contrastare col dogma del « deperimento » del diritto grazie alla concezione psicologico-sociologica di questo, la quale non ne implica la statualità e quindi la coattività nelle forme dell'azione repressiva dello Stato.

3. *Stučka e Pašukanis.*

Al medesimo periodo della dottrina giuridica sovietica ancora direttamente influenzato dal leninismo appartiene Pëtr I. Stučka (1865-1932), anch'egli, come il Rejsner, impegnato nell'attività politica — fu commissario del popolo per la giustizia nel primo governo rivoluzionario —, la cui opera teorica principale è *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato* (1921). Fedele al principio marxiano accolto dal Lenin, lo Stučka definisce il diritto « un sistema (o ordinamento) di rapporti sociali corrispondente agli interessi della classe dominante e tutelato dalla forza organizzata di questa classe »¹⁰. Esso non esiste pertanto dove non vi siano ancora oppure non vi siano più classi, cioè nelle società primitive o nella società comunista: mentre, come avevano ammesso il Marx e il Lenin, sussiste ancora nella società socialista, la quale utilizza, sia pure

¹⁰ Stučka, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, traduz. ital., Torino, 1967, p. 16.

per i suoi scopi, il diritto borghese. Attualmente, scrive nel 1921 lo Stučka, ci si trova appunto in un periodo di transizione nel quale ci si deve servire del diritto; ed in questo periodo di transizione il diritto è usato dalla classe che precedentemente era sfruttata ed è ora dominante, la quale ha la propria forma di Stato, il proprio ordine sociale, ed anche il proprio diritto, che è il diritto sovietico ¹¹.

Il concetto centrale della teoria dello Stučka viene così ad essere quello dell'interesse di classe: che è un interesse indipendente dalle volontà individuali, e radicato invece nella coscienza della classe come tale. È evidente che lo Stučka, marxista e leninista ma giurista, e, anche come politico, esperto dei problemi della società e della sua organizzazione, cerca il mezzo per rendere compatibili fra loro comunismo e diritto: il che gli riesce fintanto che gli è possibile riferirsi all'esistenza di classi, sia pure in rapporti invertiti, ed all'interesse ed alla coscienza di esse.

Interessante è che egli, identificando il diritto con il « sistema », o, come si espresse più tardi, con la « forma » dei rapporti sociali — e cioè col fatto reale della società — respinga la concezione normativistica del diritto, che giudica una sopravvivenza e un aspetto del feticismo borghese della legge ¹². Ma la sua riduzione del diritto al fatto dei rapporti sociali — che sarà poi oggetto di una dura condanna del Vyšinskij — fu criticata dagli stessi Rejsner e Pašukanis, che gli rimproverarono — non a torto dal punto di vista proprio dei giuristi — di non avere indicato nessun criterio specifico del diritto; ed egli formulò più tardi (1928) la definizione del diritto sovietico come diritto borghese (cioè fondato sul principio dell'egualianza) ma senza borghesia, garantito dallo Stato del periodo di transizione ¹³.

¹¹ Ivi, p. 36.

¹² Voce *Pravo* (Diritto) nell'*Enciklopedija gosudarstva i prava* (Enciclopedia dello Stato e del diritto), III, col. 424 (redatta nel 1927).

¹³ Stučka, *Kurs sovetskogo graždanskogo prava* (Corso di diritto civile sovietico), I, Mosca, 1928, p. 69.

Del pari, è una teoria marxistica del diritto borghese quella elaborata dal maggiore dei giuristi sovietici di questo periodo, Evgenij B. Pašukanis (1891-1937 circa: della sua fine, probabilmente violenta, non si hanno notizie precise), autore di *La teoria generale del diritto e il marxismo* (1924), che, sebbene anch'egli impegnato nell'attività politica, è il più preoccupato dell'aspetto scientifico della sua opera. La teoria generale del diritto è concepita da lui come lo sviluppo dei concetti giuridici fondamentali, nel senso di « più astratti »¹⁴, applicabili a qualunque branca del diritto e risultanti dall'elaborazione razionale delle norme positive; il Pašukanis respinge tanto il normativismo kelseniano, a causa del suo formalismo vuoto, quanto le dottrine sociologiche e psicologiche del diritto, perché, per converso, trascurano l'elemento formalmente giuridico dei fatti sociali; e cerca di sviluppare un'indagine logico-formale sulla base delle istituzioni giuridiche reali per trarre dallo studio di queste i concetti giuridici generali.

Nel far ciò — e questo è il grande passo avanti che egli compie rispetto al Rejsner ed allo Stučka — il Pašukanis non sta a cercare di ricavare una teoria del diritto dai rari passi del Marx, dell'Engels o del Lenin che contengono accenni ad esso, ma prova ad applicare al diritto il metodo col quale il Marx aveva studiato l'economia, in quanto il fatto che il diritto sia ideologia e sovrastruttura rispetto all'economia non toglie che si debba studiarlo nella sua realtà oggettiva.

I concetti giuridici sono così veduti dal Pašukanis nel loro parallelismo logico e storico con quelli economici. Fermo restando il principio marxiano, sul quale aveva insistito lo Stučka, che il diritto è un sistema di rapporti corrispondente agli interessi della classe dominante, si tratta, secondo il Pašukanis, di determinare quali, fra i rapporti sociali, sono da definirsi giuridici; e, in polemica

¹⁴ Pašukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Introduzione: nel vol. *Teorie sovietiche del diritto*, a cura di U. Cerroni, Milano, 1964, che contiene la traduz. integrale di tale opera, p. 89.

con le teorie normativistiche borghesi dalle quali il diritto è veduto come una forma logica che si applica ai rapporti sociali e quindi anche a quelli economici, egli, servendosi in modo nuovo della tesi marxiana del diritto come effetto secondario di questi ultimi, determina le categorie giuridiche in relazione — storica, ma anche logica — con categorie economiche a cui le vede corrispondere: l'uomo assume la figura di soggetto del diritto nel momento in cui il prodotto del lavoro assume la figura di merce, e il soggetto di diritto non è che « l'astratto portatore di merci trasposto in cielo »¹⁵.

Naturalmente questa teorizzazione dei concetti giuridici è sì marxistica, ma continua a riferirsi al diritto borghese: « è soltanto la società borghese capitalistica che crea tutte le condizioni necessarie affinché l'elemento giuridico assuma nei rapporti sociali la sua piena determinazione »¹⁶. Nella società comunista dovrà scomparire non solo il diritto, ma il momento stesso della giuridicità¹⁷; la forma giuridica « ci rinchiude nei suoi angusti orizzonti solo temporaneamente: sussiste soltanto per esaurirsi definitivamente »¹⁸. Su questo punto nessun giurista sovietico del periodo rivoluzionario e immediatamente post-rivoluzionario ha alcun dubbio; tutti, come si è visto, nel teorizzare il diritto si riferiscono a quello borghese o a quanto di esso inevitabilmente sopravvive nella fase socialista che prepara l'avvento della società comunista: in quest'ultima, su ciò tutti sono d'accordo, non vi sarà più diritto né scienza di esso.

4. *L'età staliniana e post-staliniana.*

Gli anni intanto passavano, la rivoluzione era ormai lontana, il periodo di transizione dal socialismo al comu-

¹⁵ Ivi, p. 166.

¹⁶ Ivi, p. 100.

¹⁷ Ivi, p. 103.

¹⁸ Ivi, p. 180.

nismo avrebbe ormai dovuto essersi esaurito; e nei territori dell'Unione Sovietica avrebbe dovuto quindi avere trovato realizzazione la società senza Stato e senza diritto. Invece, come una società organizzata non può non essere, l'Unione Sovietica era rimasta uno Stato, e, come una società non può non fare, aveva espresso un proprio diritto; anzi, nel 1936 si era data una costituzione che, elencando diritti e doveri del cittadino, tra cui molti di quelli affermati dal giusnaturalismo settecentesco e sanciti nelle costituzioni liberali dell'Ottocento, finiva col rassomigliare più alle dichiarazioni borghesi dei diritti che alla « Dichiarazione dei diritti del popolo lavoratore sfruttato » della Russia rivoluzionaria del 1918. L'autorità dello Stato e la coattività del diritto non erano venute meno, e le teorie dei Rejsner, degli Stučka e dei Pašukanis, lungi dall'adattarsi alla realtà sovietica, suonavano critica e condanna di essa.

Non deve meravigliare perciò che a tali teorie si opponga recisamente il maggiore giurista dell'età staliniana, Andrej Ja. Vyšinskij (1883-1954), personaggio di primo piano nella politica sovietica di quel periodo, benché non fosse stato, differentemente dal Rejsner, dallo Stučka e dal Pašukanis, bolscevico della prima ora.

Fu nel 1938 che, in una relazione all'Accademia delle scienze dell'U.R.S.S. sulla concezione del diritto e dello Stato nel Marx¹⁹, ed in un'altra relazione sui problemi della scienza del diritto e dello Stato sovietico²⁰, il Vyšinskij enunciò ufficialmente le critiche, già da qualche tempo ricorrenti nella stampa, ai giuristi dell'età rivoluzionaria, impostando per contro una teoria del diritto ispirata a una concezione di esso nettamente imperativistica e statualistica. Egli accusò il Rejsner, lo Stučka ed il Pašukanis di avere, negando la normatività e la statualità del diritto, tradito il potere sovietico, le norme emanate dal quale

¹⁹ Tradotta in italiano in *Teorie sovietiche del diritto* cit., pp. 239-297.

²⁰ Tradotta in inglese in *Soviet legal philosophy* cit., pp. 303-341.

costituiscono la volontà della classe operaia tradotta in legge: giacché la classe operaia è nell'U.R.S.S. la classe dominante, e il diritto — definizione che diverrà canonica nella letteratura giuridica sovietica dell'età staliniana — è « un insieme di regole della condotta umana stabilite dal potere statale in quanto potere della classe che domina la società, nonché delle consuetudini e delle regole di convivenza sanzionate dal potere statale e attuate coercitivamente con l'ausilio dell'apparato statale al fine di tutelare, consolidare e sviluppare i rapporti e l'ordinamento vantaggiosi e favorevoli alla classe dominante »²¹. Per evitare il riferimento a una classe dominante a proposito dell'Unione Sovietica dove di classi non si dovrebbe parlare più, il Vyšinskij corregge poi tale definizione sostituendo a « volontà della classe dominante » « volontà del popolo sovietico »²².

Il Vyšinskij si sforza di dimostrare la coerenza di questa sua concezione del diritto, conforme alla struttura ed alla funzione dello Stato sovietico dell'epoca staliniana, con i principi del marxismo classico; ma senza dubbio non la concilia con quello del « deperimento » dello Stato e del diritto; e per aggirare la difficoltà rimanda tale deperimento a una « fase superiore del comunismo »²³, appellandosi alla tesi dello Stalin secondo cui l'estinzione dello Stato avverrà « attraverso il suo rafforzamento massimo »²⁴.

Ciò che a noi qui interessa maggiormente della dottrina del Vyšinskij è il trapasso da una concezione sociologista, antinormativistica e antimperativistica del diritto, quale era stata quella del Rejsner, dello Stučka e del Pašukanis, ad una concezione rigidamente volontaristica,

²¹ Vyšinskij, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, in *Teorie sovietiche del diritto* cit., p. 283.

²² Vyšinskij, *Compiti fondamentali del diritto sovietico*, in *Soviet legal philosophy* cit., p. 339.

²³ Vyšinskij, *Problemi del diritto e dello Stato in Marx*, cit., p. 286.

²⁴ Ivi, p. 296.

normativistica ed imperativistica, che avrebbe dovuto, secondo l'opinione che vede in questi caratteri del diritto la condizione della certezza di esso e la conseguente garanzia della legalità e della libertà, attuare tale garanzia anche nell'U.R.S.S.; e che invece fu la giustificazione teorica e in gran parte lo strumento stesso dell'autoritarismo e dell'illegalità della dittatura staliniana.

Il diritto è del resto per il Vyšinskij, come per i teorici del nazionalsocialismo tedesco di cui diremo fra poco, essenzialmente strumento di politica: i problemi più importanti della teoria giuridica sovietica sono, egli dice, « la dittatura del proletariato, la democrazia socialista, e il diritto come metodo e strumento per assicurare l'ordine sociale socialista »²⁵.

La definizione del diritto del Vyšinskij, pur divenuta ufficiale, dopo la seconda guerra mondiale cominciò a suscitare critiche; e, benché il suo autore fosse allora all'apice della potenza politica, la sua posizione teorica cominciò a indebolirsi. La rivista giuridica *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* (*Stato e diritto sovietico*) tra il 1948 e il 1950 fu sede di discussioni alquanto accese a questo proposito.

La nuova svolta della dottrina giuridica sovietica fu determinata dalla morte dello Stalin nel 1953 e dal conseguente rapido declino delle fortune del Vyšinskij; nello stesso anno 1956 in cui il XX congresso del partito comunista dell'Unione Sovietica svolse la critica dello stalinismo furono riabilitati lo Stučka ed il Pašukanis. Negli anni successivi tuttavia (in cui del resto il problema teorico della definizione del diritto rimase in secondo piano) nell'U.R.S.S. ci si preoccupò di rendere operante, o per lo meno più operante, il principio della legalità; e a ciò le teorie sociologizzanti del periodo rivoluzionario non si prestavano, se non rivedute e attenuate.

All'opera di mediazione tra il sociologismo degli Stučka

²⁵ Vyšinskij, *Compiti fondamentali del diritto sovietico* cit., p. 338.

e dei Pašukanis e il normativismo indispensabile per dare una base sufficientemente solida alla « legalità socialista » attese soprattutto Michajl S. Strogovič (n. 1894), che precedentemente si era allineato sulle posizioni del Vyšinskij in una *Teoria dello Stato e del diritto* scritta nel 1940 insieme con Sergej A. Golunskij (n. 1895), nella quale la legalità socialista era ancora veduta come « il metodo per rendere effettiva la dittatura del proletariato e l'edificazione del socialismo », non escludendo affatto l'eventualità della necessità di non osservarla con l'applicare ai « nemici di classe » « misure straordinarie »²⁶. Ora invece lo Strogovič deplora che la lotta contro le dottrine dello Stučka e del Pašukanis abbia condotto alla risoluzione del diritto nella politica, e assume una posizione mediatrice tra il sociologismo di costoro e lo statualismo del Vyšinskij, ponendo in risalto quelli che di entrambi gli indirizzi gli appaiono gli elementi positivi²⁷.

Certo la posizione dello Strogovič appare contingentemente opportuna ma eclettica, e non risolve il problema di fondo della teoria giuridica sovietica: la quale, anche messe da parte le tesi staliniste del Vyšinskij comportanti l'asservimento del diritto alla politica, e quelle opposte del « deperimento » dello Stato, non è riuscita a trovare il punto d'incontro fra le contrastanti esigenze della riconnessione del diritto alla volontà, o per lo meno alla coscienza, del proletariato, e della garanzia della legalità; l'uso stesso, che persiste nella terminologia della teoria giuridica sovietica, di chiamare quest'ultima « legalità socialista » o « legalità rivoluzionaria », tradisce un'incertezza ed un'equivocità di atteggiamenti che lasciano aperta la porta ad ogni conclusione sia sul piano politico sia su quello teorico.

²⁶ Golunskij-Strogovič, *Teoria dello Stato e del diritto*, in *Soviet legal philosophy* cit., pp. 392-393.

²⁷ In *Sulla impostazione di alcuni problemi del diritto nelle opere di P. I. Stučka, N. V. Krylenko, E. B. Pašukanis*, trad. in *Teorie sovietiche del diritto* cit.

5. Il fascismo italiano e il diritto.

Il movimento fascista in Italia non ebbe a suo fondamento nessuna dottrina, se non un generico attivismo irrazionalistico che utilizzava motivi di varia origine filosofica, derivati in forma più o meno diretta ed autentica dalle filosofie antipositivistiche dell'inizio del secolo. Esso rimaneva essenzialmente un movimento politico, in cui confluivano sentimenti ed interessi diversi e spesso anche contrastanti, ed il cui fine era soltanto quello di conquistare e di conservare il potere. Soltanto in un secondo tempo, consolidatosi come regime, il fascismo si diede una dottrina, che, elaborata dal Gentile sulla base dell'idea hegeliana dello Stato etico, fu esposta con la firma del Mussolini nell'*Enciclopedia Italiana*, alla voce *Fascismo*²⁸, nel 1932. Ivi il fascismo è definito concezione spiritualistica, etica, religiosa e storica, ed infine antindividualistica: esso « è per lo Stato; ed è per l'individuo in quanto esso coincide con lo Stato... Il liberalismo negava lo Stato nell'interesse dell'individuo particolare; il fascismo riafferma lo Stato come la realtà vera dell'individuo »²⁹.

Nella « voce » dell'*Enciclopedia Italiana*, che sopravvenne a teorizzare uno stato di cose nella pratica già realizzato da tempo, non si parla specificamente del diritto; ma quale avrebbe dovuto essere l'atteggiamento del regime anche a proposito di esso si sarebbe potuto facilmente desumere dalla concezione dello Stato che vi era prospettata. Ed in effetti la legislazione fascista operò, anzi a quel tempo aveva già per gran parte operato, per attribuire allo Stato ogni potere, limitando al massimo i diritti degli individui e dei gruppi sociali minori; ma una corrispondente teorizzazione del diritto non vi fu, e la dottrina giuspositivistica formalistica da vari decenni radicata in Italia con-

²⁸ Ristampata a parte molte volte, sempre sotto il nome di B. Mussolini, col titolo *La dottrina del fascismo*.

²⁹ Mussolini (in realtà Gentile), voce *Fascismo* nell'*Enciclopedia Italiana*, XIV, p. 847.

tinuò ad informare gli studi giuridici, tanto che anche i giuristi più ossequiosi verso il regime si sforzarono di fare rientrare lo Stato fascista, che pur si proclamava hegelianamente Stato etico, nella figura dello Stato di diritto.

Ciò valse del resto, per un certo periodo, a limitare l'assolutismo statuale; perché l'azione dello Stato fu contenuta in qualche modo entro le forme della legalità, il che, se non altro, la ritardò e la frenò. Quando però gli organi legislativi e amministrativi furono, con le buone o con le cattive, fascistizzati, il principio formalistico-positivistico della legalità anziché argine al potere dello Stato divenne strumento di esso; e con mezzi formalmente legali furono a mano a mano soppressi o resi inoperanti gli istituti che garantivano le libertà dei cittadini, e, per converso, instaurati o rafforzati quelli che attribuivano incondizionato potere ai governanti.

Vi fu dunque senza dubbio un diritto fascista; ma teorici del diritto fascista non vi furono, o furono assai rari³⁰. Il solo nome di rilievo è quello di Alfredo Rocco (1875-1936), benché anche l'opera di questo giurista sia stata assai più importante nel campo pratico: nella sua qualità di ministro della Giustizia egli redasse infatti il testo delle leggi fasciste fondamentali degli anni 1925 e 1926 e provvide alla sostituzione dei codici penale e di procedura penale con quelli, fortemente permeati di spirito fascista, promulgati nel 1930 (che furono opera prevalentemente di suo fratello Arturo).

Anche Alfredo Rocco per verità enuncia tesi politiche assai più che giuridiche, benché lasci intravedere l'aspetto giuridico di esse. In un discorso del 1925, in cui, sette anni prima dell'apparizione della « voce » gentiliano-mus-

³⁰ Ancora nel 1940, presentando al capo del governo i giuristi che attendevano alla preparazione del nuovo codice civile, il ministro della giustizia Dino Grandi auspicava l'enunciazione dei « principi informativi dell'Ordinamento giuridico creato dal Fascismo », osservando che « una Rivoluzione e un Regime che non sappiano fissare in un sistema giuridico la forza della propria ideologia non durano nella storia » (Grandi, *Tradizione e rivoluzione nei Codici Mussoliniani*, Roma, 1940, pp. 7-8).

soliniana dell'*Enciclopedia Italiana*, abbozzò una dottrina del fascismo, egli polemizza con la concezione « atomistica e meccanica » della società e dello Stato risalente alla Riforma protestante e al giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII, che dice estraneo al pensiero italiano ³¹ (ed in cui scorge il fondamento di dottrine politiche per verità non molto omogenee, da quelle dei monarcomachi a quelle del Marx, del presidente americano Wilson e del Lenin ³²); e combatte congiuntamente liberalismo, democrazia e socialismo, perché per essi « la società non ha vita distinta dagli individui » e « l'individuo è fine, la società è mezzo » ³³, mentre « per il fascismo il problema preminente è quello del diritto dello Stato e del dovere dell'individuo e delle classi » ³⁴. « I diritti dell'individuo », egli soggiunge, « non sono che riflesso dei diritti dello Stato » ³⁵; « come tutti i diritti individuali, anche la libertà è una concessione dello Stato » ³⁶.

Poiché, come si è detto, i codici penali fascisti furono per gran parte opera sua, può essere interessante esaminare quale fosse la teoria giuridica del secondo dei fratelli Rocco, Arturo (1876-1942), anche se essa fu enunciata assai prima che si parlasse di fascismo. Esponente fra i maggiori dell'indirizzo penalistico che si denominò « tecnico-giuridico », Arturo Rocco rifiutava le tesi della « scuola positiva » del diritto penale ³⁷ e si atteneva, contro il positivismo socio-antropologico di questa, al positivismo giuridico formalistico più stretto: occorre, egli scriveva nel 1910, « tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati

³¹ Alf. Rocco, *La dottrina del fascismo e il suo posto nella storia del pensiero politico*, ora in *Scritti e discorsi politici*, Milano, 1938, III, p. 1109.

³² Ivi, p. 1095.

³³ Ivi, p. 1102.

³⁴ Ivi, p. 1103.

³⁵ Ivi.

³⁶ Così nel testo originario del discorso, Milano, 1925, p. 15. Questa frase è stata soppressa nella raccolta (postuma) degli scritti e discorsi del Rocco.

³⁷ V. sopra, p. 215.

allo studio del diritto. Non dico già di un ipotetico diritto *naturale* o *razionale* o *ideale*. Parlo invece, e soltanto, del diritto positivo vigente, il solo che l'esperienza ci addita e il solo che possa formare l'*oggetto* di una scienza *giuridica*... »³⁸.

Che l'autore dei codici penali del 1930 sia stato colui che vent'anni prima scriveva tali parole non autorizza ad affermare che il positivismo giuridico sia stato la teoria giuridica del fascismo. Al fascismo il positivismo giuridico era stato di molto anteriore, e ad esso è sopravvissuto e sopravvive tuttora; e nel ventennio fascista fra i giuristi positivisti — quali del resto in quel tempo erano praticamente tutti i giuristi italiani — molti furono gli oppositori, anche se silenziosi, del regime.

D'altra parte, pur ripetendo che, nei primi anni di questo, il dogma legalistico esercitò una funzione, più o meno efficace, di freno al prepotere dell'esecutivo, non si può non osservare che la riduzione giuspositivistica di tutto il diritto a legge dello Stato servì ottimamente al fascismo per realizzare i suoi fini. Non per nulla fu nel quadro del tentativo di fascistizzazione totale della legislazione italiana che fu chiarito nel senso più strettamente giuspositivistico — cioè nel senso dell'assoluta autointegrazione dell'ordinamento giuridico positivo — il dubbio lasciato dall'art. 3 delle preleggi del codice civile del 1865 nel caso di lacuna della legge e di impossibilità di ricorso all'*analogia legis*, questione di cui già si è detto³⁹. E certo fu in questo periodo che la concezione dello Stato di diritto, nata nel seno del liberalismo come principio fondamentale di esso, mostrò i suoi limiti: perché, inteso lo Stato di diritto come Stato di diritto positivo in quanto il solo diritto positivo era riconosciuto come diritto, si constatò quanto facilmente lo Stato potesse modificare, re-

³⁸ Art. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in « Rivista di diritto e procedura penale », 1910, I, pp. 505-506.

³⁹ V. sopra, p. 288.

stringendola fino a sopprimerla, la sfera di libertà garantita ai cittadini nei confronti di esso.

6. Il nazionalsocialismo tedesco.

Mentre il fascismo italiano accettò con indifferenza il dominante positivismo giuridico servendosene all'occasione per i suoi fini politici, l'analogo movimento giunto al potere in Germania nel 1933, il nazionalsocialismo, lo respinse in nome di una totale trasformazione della concezione del diritto e dello Stato. Al fascismo, che risolveva non solo gli individui e le classi, ma tutta la società, nello Stato, il principio positivistico dello Stato come unica fonte del diritto si adattava perfettamente; il nazionalsocialismo invece, pur antindividualista quanto il fascismo, all'individuo non contrappone lo Stato, bensì un'altra entità che allo Stato stesso è anteriore: la « comunità del popolo », fonte prima del diritto, la quale, sotto la guida di un capo (*Führer*) assistito dal Partito, dello Stato si serve come strumento.

Il giudice viene perciò concepito come rappresentante non dello Stato, ma della « comunità vivente » del popolo tedesco, e deve attenersi, più che alle leggi, alle direttive del *Führer* che lo spirito di tale comunità incarna (*Führerprinzip*); e quest'ultima ha come suo carattere essenziale l'essere, anziché una comunità giuridica (*Rechtsgemeinschaft*), una « comunità di popolo (*Volksgemeinschaft*) » fondata sul sangue e sulla razza, il cui elemento vitale il giudice deve quasi misticamente intuire⁴⁰.

Benché una parte della dottrina tedesca, fedele al metodo, nato in Germania, della dogmatica, opponesse qualche resistenza a una siffatta concezione del diritto, il posi-

⁴⁰ Caratteristici esempi di queste tesi sono le opere di Reinhard Höhn, *Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson* (1935), *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft* (1935), *Staat und Rechtsgemeinschaft* (1935); *Der Führerbegriff im Staatsrecht* (1935), *Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters* (1936).

tivismo venne così ripudiato, e sostituito da una sorta di dottrina del diritto libero, secondo la quale però il giudice, anziché creare il diritto in base alla propria valutazione dell'interesse generale, doveva giudicare ispirandosi al volere del Führer, interprete dell'anima della comunità popolare. Non al diritto libero, del resto, si richiamarono i teorici del diritto nazionalsocialista, bensì alla tradizione tedesca e soprattutto ai romantici, al Fichte e allo Hegel: abbiamo già veduto infatti come il neohegeliano Binder si sia fatto attrarre dall'ideologia nazionalsocialista⁴¹, che poteva inserirsi nella visione etica della società e dello Stato hegeliana.

Naturalmente il concetto di *Volksgemeinschaft*, vivente comunità di popolo, che esclude quello di *Rechtsgemeinschaft*, comunità invece astrattamente giuridica, comporta la scomparsa di ogni diritto dell'individuo: i singoli possiedono diritti soltanto in quanto membri della comunità ed in ordine al raggiungimento dei fini di questa. Uno dei più insigni esponenti della filosofia del diritto tedesca dell'epoca, di formazione hegeliana affine a quella del Binder, Karl Larenz (n. 1903) — autore, dopo la caduta del nazionalsocialismo, di opere assai pregevoli⁴² — scriveva: « il diritto soggettivo nel senso dell'astratto potere della volontà del singolo ha perduto il suo significato come concetto centrale del diritto e come concetto fondamentale del "diritto privato". In suo luogo noi procediamo dalla situazione giuridica del consociato (*Rechtsstellung des Volksgenossen*) come sua posizione nel diritto, cioè nell'ordinamento della vita della comunità »⁴³.

Come il Binder e il Larenz, altri studiosi tedeschi di scuola hegeliana aderirono a simili idee. Di molto rilievo è l'opera, soggetta peraltro a frequenti mutamenti, di Carl Schmitt (n. 1888), uno dei maggiori cultori contemporanei

⁴¹ V. sopra, p. 275.

⁴² Soprattutto *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960). Del pensiero precedente del Larenz il documento più significativo è *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (1931).

⁴³ Larenz, *Rechtsperson und subjektives Recht*, nel vol. coll. *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlino, 1935, p. 258.

di diritto pubblico, che del nazionalsocialismo è considerato, e non soltanto nel campo giuridico, il più importante teorico ⁴⁴. Più ancora che allo Hegel, egli si ispira, almeno in un primo tempo, al Machiavelli e allo Hobbes, e, benché non lo dichiari, al Nietzsche. Il diritto è per lui decisione politica: « ogni legge, come regolamento normativo, ed anche la legge costituzionale, richiede necessariamente in ultima istanza per essere valida una previa decisione politica presa da un potere od autorità politica esistente. Ogni unità politica esistente trova il suo valore e la sua “giustificazione di esistenza” non nella giustizia o nella convenienza di norme, ma nella sua stessa esistenza. Ciò che esiste come entità politica è, dal punto di vista giuridico, degno di esistere » ⁴⁵.

La portata di tale tesi è aggravata dalla concezione che lo Schmitt ha della politica, nella quale dunque il diritto si risolve. Essa è per lui indipendente dalla razionalità, da valori di bene o di giustizia, o da esigenze di ordine; è espressione di pura volontà, riconnessa alla categoria fondamentale « amico-nemico », cioè al fatto che a un gruppo d'uomini che combatte per la propria esistenza si contrappone sempre un gruppo che fa altrettanto ⁴⁶.

Da questo « decisionismo », che è al centro della sua opera più nota, la *Dottrina della costituzione* (*Verfassungslehre*: 1928), lo Schmitt passò nel 1934 ad un'altra concezione del diritto ancor più permeata dello spirito del nazionalsocialismo. Egli distinse fra tre « modi » del pensiero giuridico: il normativismo, che intende il diritto come regola impersonale ed astratta, il decisionismo, che lo intende come atto di volontà personale del legislatore, e la « concezione concreta dell'ordinamento (*konkretes Ordnungsdenken*) » che del diritto vede la vita effettiva e

⁴⁴ Fra le opere dello Schmitt, oltre la notissima *Verfassungslehre* (1928), v. *Der Begriff des Politischen* (1927), *Legalität und Legitimität* (1932), *Staat, Bewegung, Volk* (1933), *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934).

⁴⁵ Schmitt, *Verfassungslehre*, Monaco-Lipsia, 1928, p. 22.

⁴⁶ Su ciò v. *Der Begriff des Politischen* cit.

reale, il fatto continuamente rinnovantesi della sua attuazione da parte della comunità nell'ordine che questa si dà, ordine rispetto al quale la norma è un elemento subordinato: concezione non lontana da quella istituzionalistica, tanto che lo Schmitt cita a proposito di essa il Romano⁴⁷.

È questa « concezione concreta dell'ordinamento » che lo Schmitt ritiene adeguata alla realtà nazionalsocialista, a cui non si adatta il positivismo giuridico, unione di normativismo e di decisionismo, espressioni entrambe, egli dice ora, dell'individualismo. Mediante la « concezione concreta » egli intende infatti superare il dualismo Stato-società: giacché anche per lui, come per gli altri teorici del nazionalsocialismo, lo Stato non deve essere considerato il detentore del « monopolio di ciò che è politico », ma semplicemente uno dei tre ordini — gli altri due sono il « Movimento », s'intende nazionalsocialista, ed il Popolo — che costituiscono l'unità politica, anzi « soltanto un organo del Capo (*Führer*) del Movimento ». A ciò il normativismo e il decisionismo, o l'insieme di entrambi, cioè il positivismo giuridico, non sono più adeguati; ed occorre appunto « una concezione concreta dell'ordinamento e della struttura, che sia all'altezza dei numerosi nuovi compiti della situazione dello Stato, del popolo, dell'economia e della visione del mondo, e delle nuove forme di comunità »⁴⁸. La concezione del diritto deve inserirsi insomma nella realtà politica del « Movimento » e della comunità popolare, in funzione di essa, che è fonte della legittimità al di fuori e al di sopra della legalità⁴⁹.

⁴⁷ Schmitt, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Amburgo, 1934, p. 24.

⁴⁸ Ivi, pp. 66-67.

⁴⁹ Scomparso il nazionalsocialismo, lo Schmitt assunse un nuovo orientamento, riconducendo il fondamento, tanto storico quanto logico, del diritto all'« occupazione della terra (*Landnahme*) » (che era effettivamente il significato originario del greco *nomos*) e vedendo così la vita del diritto come il susseguirsi di un nuovo *nomos* rispetto all'antico, espressione di « nuove ripartizioni dello spazio »: col che tuttavia si risolve ancora il diritto nella forza. Tale teoria è svolta in *Der Nomos der Erde* (1950).

Benché dopo la caduta del regime nazionalsocialista abbia avuto luogo in Germania, come vedremo, una vivace rinascita del giusnaturalismo come reazione al dispotismo hitleriano, non è dunque al positivismo giuridico che si può addossare la colpa di essere stato strumento di esso (come invece lo fu del fascismo italiano); anzi, proprio la negazione del principio della legalità tolse ogni freno — quel freno che costituì in Italia e, nel periodo post-staliniano, nell'U.R.S.S. — all'arbitrio politico, arbitrio che non trovò in Germania non solo il limite, ma neppure l'intralcio che il formalismo legalistico può opporre all'azione di chi detiene il potere.

Certo i principi inumani della dottrina nazionalsocialista furono rivestiti della forma della legge, ed anche secondo le regole del giuspositivismo avrebbero trovato attuazione; ma l'aver rimesso tale attuazione all'interpretazione del giudice in relazione al fine assai vago dell'utile della « comunità del popolo » ne permise un'estensione assai più ampia di quella che avrebbe comportato l'applicazione formalistica della legge. Le concezioni giuridiche dei regimi totalitari, rispetto alle quali il positivismo giuridico e l'interpretazione libera del diritto assumono dunque diversa prospettiva nei diversi paesi, mostrano quanto sia astratta e troppo spesso avventata o dettata da preconcezioni la polemica tra dottrine delle quali tutte la storia rivela le buone ragioni non meno che i difetti e i pericoli, confermando la complessità e la problematicità del fenomeno del diritto.

La filosofia giuridica dei nostri giorni

1. Dominio e decadenza dell'idealismo.

In Italia e in Germania la reazione al positivismo aveva condotto, come si è visto, ad una rinascita dell'idealismo hegeliano, che portò questo ad una posizione di egemonia culturale non minore di quella esercitata nella seconda metà dell'Ottocento dal positivismo. Ciò particolarmente in Italia, dove la filosofia idealistica aveva espresso le due figure eccezionalmente autorevoli del Croce e del Gentile, che, pur nel loro dissenso, dominarono a lungo la cultura italiana.

Circa l'influsso dell'idealismo in Germania nel campo della filosofia del diritto, abbiamo veduto come esso abbia operato soprattutto sotto l'aspetto politico, fornendo strumenti filosofici, nella cornice della concezione hegeliana dell'eticità dello Stato, a quella politicizzazione del diritto che fu perseguita assiduamente dal regime nazionalsocialista. In Italia, benché, come pure abbiam visto, per opera del Gentile e dei suoi seguaci abbia esercitato una certa funzione politica quale fondamento dottrinale del fascismo, l'idealismo non influì in tale senso sulla filosofia del diritto; nel campo di questa generò invece problemi di altro ordine, puramente teorici, suscitati dalla negazione — operata tanto dal Croce quanto dal Gentile — di un'autonoma sfera filosofica del diritto.

Si può dire infatti che il periodo fra le due guerre mondiali sia stato caratterizzato in Italia, per ciò che riguarda la filosofia giuridica, dai tentativi degli idealisti di recuperare la legittimità di essa, dettati dalla ripugnanza ad

ammettere l'elisione del diritto come realtà: ripugnanza che nasceva, a dispetto di tutti gli schemi dialettici dell'idealismo tanto gentiliano quanto crociano, dall'esperienza stessa del diritto, che è esperienza di una realtà storica non eliminabile da parte di nessuna dialettica. Proprio perché nell'idealismo trovavano, secondo le esigenze dell'epoca, i motivi più validi per combattere il positivismo — si ricorderà che già le prime reazioni a questo nel campo della filosofia del diritto si richiamavano a un più o meno precisato idealismo — e perché la filosofia idealistica appariva loro la sola entro la quale si potesse fondare la *filosoficità* di una ricerca, i filosofi del diritto italiani si ribellavano alle conseguenze estreme che dalle premesse idealistiche il Croce e il Gentile avevano tratto in tema di indagine filosofica intorno al diritto.

Venne perciò criticata come arbitraria ed artificiosa la partizione crociana dello Spirito nei « distinti », e venne per contro contestata la risoluzione gentiliana di tutta l'attività dello Spirito in una indistinta morale; oppure venne rivendicata l'autonomia della realtà giuridica, affermandosene la non risolvibilità in altre per l'irriducibilità ad altri di taluni suoi elementi o caratteri. Di tale travaglio del pensiero idealistico italiano non è materialmente possibile dare qui un resoconto¹: dovremo limitarci a ricordarne alcune delle espressioni più eminenti o il cui magistero sia stato particolarmente fecondo.

Fra i nomi da ricordare è quello di Widar Cesarini Sforza (1886-1965), che nell'accogliere la posizione del Croce vi apporta una sostanziale modifica perché intende il momento della generalità, o tipicità (quello, proprio del diritto, per l'astrattezza del quale il Croce ne negava la realtà), come essenziale al processo della conoscenza, e,

¹ Oltre quelli di cui è detto nel testo, fra gli esponenti della filosofia giuridica idealistica italiana ricordiamo Giuseppe Maggiore, Max Ascoli, Arnaldo Volpicelli, Alessandro Pekelis. Aveva preceduto lo stesso Gentile Adriano Tilgher, che tuttavia si allontanò presto dall'idealismo.

attraverso questa, dell'azione². Al Cesarini Sforza era presente, in questo suo sforzo di ricondurre la norma astratta alla concretezza della storia, la connessione del fenomeno giuridico a quello della socialità, manifestantesi in particolare nella pluralità degli ordinamenti giuridici: alla cui teoria, nella formulazione che ne avevano dato l'Hauriou ed il Romano, egli aveva prestato grande attenzione, e di cui compì un'elaborazione che è fra le sue cose migliori³. In relazione appunto alla socialità in quanto relazione tra una pluralità di individui egli riconosce nell'attività astraente del diritto l'elemento mediatore fra le esistenze particolari.

Dall'esame congiunto del pensiero del Croce e del Gentile e della critica di entrambi del momento dell'astrattezza del volere muove Felice Battaglia (n. 1902), il quale giudica per contro astratte l'economicità e l'eticità per sé prese, così come sono astratti, di per sé presi, l'individuale e l'universale. Soltanto nella loro relazionalità essi sono reali, e solo nella loro relazione, che è concretezza e storia, è reale la volontà di essi. Volontà dell'individuale e volontà dell'universale, economia ed etica, in tanto sono reali in quanto si implicino e siano mediate in una volontà dell'individuale universalizzato, o, che è lo stesso, dell'universale individualizzato. Questo, che il Battaglia chiama hegelianamente *ethos*, l'universale concreto, la storia in atto, è per lui proprio la giuridicità: l'*ethos* o attività pratica e l'attività giuridica nella sua pienezza sono una cosa sola. Lungi dall'essere elisa come momento astratto, come momento di irrealtà, la giuridicità viene così intesa come il momento dello Spirito in cui questo trova la sua attuazione concreta⁴.

² Del Cesarini Sforza v. *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale* (1931), *Oggettività ed astrattezza nell'esperienza giuridica* (1934), *Lezioni di filosofia del diritto* (1939, successivamente rielaborate: l'ultima ediz. è del 1958).

³ *Il diritto dei privati* (1929).

⁴ Del pensiero filosofico-giuridico del Battaglia l'espressione fondamentale è *Diritto e filosofia della pratica* (1931); ma v. anche il *Corso*

All'attualismo gentiliano, che risolve nella filosofia tutta la realtà, si riconnette il radicale formalismo di Angelo Ermanno Cammarata (n. 1899), formalismo essenzialmente filosofico, e assai diverso perciò da quello delle teorie generali del diritto. Tale formalismo si pone soprattutto come antiteleologismo, escludendo dalla filosofia del diritto ogni considerazione finalistica, e quindi ogni concetto che, implicando uno scopo, non sia la qualificazione esclusivamente formale di un contegno ⁵.

2. *L'idealismo e il problema della scienza giuridica.*

L'egemonia del pensiero idealistico nella filosofia italiana tra le due guerre portò, come già si è accennato, a un divorzio tra filosofia del diritto e scienza giuridica ancora più profondo di quello che le aveva divise quando la filosofia del diritto era rappresentata, agli occhi dei giuristi, dal giusnaturalismo. Il motivo di reciproca incomprendimento era del resto questa volta assai più profondo: perché l'idealismo negava valore alla scienza in generale, se intesa, come la intendevano gli scienziati e, guardando all'esempio di questi, i giuristi, quale conoscenza di tipo naturalistico costituita da un sistema di concetti astratti dall'esperienza. Appunto perché formata da concetti astratti — gli « pseudoconcetti » crociani — essa era per gli idealisti conoscenza astratta, cioè non-conoscenza: conoscenza vera essendo solo quella dell'individuale (la storia) o quella dell'universale (la filosofia), e non mai quella del *generale* od astratto.

Già prevenuti, per opera del positivismo — al quale,

di filosofia del diritto (3 voll., 1940-1942, successivamente rielaborato e ampliato; l'ultima ediz. è del 1960-1962). Il problema del diritto è tuttavia presente anche nelle sue opere di filosofia morale, oltre che in scritti minori. Si vedano altresì le opere di filosofia politica, in particolare il vol. *Scritti di teoria dello Stato* (1939).

⁵ Gli scritti del Cammarata più notevoli sono *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza* (1925) e *Limiti tra formalismo e dommatica nelle figure di qualificazione giuridica* (1936).

come professanti il « positivismo giuridico », ritenevano di appartenere — contro la filosofia, i giuristi si sentivano dire ora che il loro lavoro era « empirico » (aggettivo che consideravano spregiativo, e che effettivamente in bocca agli idealisti lo era), e addirittura che l'oggetto del loro studio, il diritto, non aveva realtà; e giudicavano i « filosofi » (parola a cui a loro volta attribuivano significato di spregio e di scherno) venditori di fumo e parlatori a vuoto: al che per vero il linguaggio di alcuni fra gli idealisti offriva qualche giustificazione.

Tutto ciò era frutto di un equivoco, dovuto anche all'arcaica concezione della scienza a cui i giuristi si riferivano. Ancora abbagliati dai celebrati trionfi della scienza della natura dell'Ottocento positivista, essi continuavano a proporsi come modello una scienza di tale tipo; senza neppure avvedersi che gli scienziati stessi stavano rivedendo il loro concetto di scienza. Così i giuristi, e in particolar modo quelli italiani, continuavano a costruire sistemi di concetti sulle tracce della *Begriffsjurisprudenz*: magari, nel loro genere, pregevolissimi, come la *Teoria generale del diritto* (1940) di Francesco Carnelutti (1879-1965), giurista fra i più insigni, il quale nella *Metodologia del diritto* (1939) aveva teorizzato il metodo della scienza giuridica come identico a quello seguito dallo scienziato naturalista, che osserva e classifica gli oggetti della sua indagine.

Gli idealisti per verità non intendevano affatto negare la legittimità del sapere giuridico; e se alcuni di essi — tipico il Cammarata — lo volevano risolto integralmente nella filosofia, altri ne riconoscevano il carattere scientifico; ma sotto un aspetto radicalmente diverso da quello sotto cui lo consideravano i giuristi. Così, contro il Carnelutti ed un altro giurista che aveva sostenuto che il metodo della scienza giuridica deve essere quello delle scienze logico-sperimentali⁶, Guido Calogero (n. 1904), filosofo idealista che ha dedicato spesso la sua attenzione anche ai problemi del

⁶ Arturo Colonna, autore di *Per la scienza del diritto* (1938).

diritto⁷, affermò che il metodo di essa è quello non delle scienze naturali ma delle scienze storiche: gli strumenti usati dal giurista sono quelli usati dallo storico nella ricostruzione dei fatti storici⁸. La scienza del diritto era in tal modo veduta come scienza « individualizzante », in una prospettiva analoga, anche se non identica, a quella della filosofia dei valori; ma in sostanza era risolta nella storia, che per gli idealisti, soprattutto per quelli di formazione crociana, restava la più vera forma di conoscenza⁹.

Ciò non era certamente fatto per colmare il solco tra scienza giuridica e filosofia del diritto; e finché quest'ultima restò dominata dall'idealismo i due ordini di ricerca procedettero ciascuno per proprio conto, in un'atmosfera, nel migliore dei casi, di reciproca indifferenza. Tuttavia la critica idealistica dell'oggettivismo e del naturalismo scientifico, a cui partecipò del resto anche la filosofia non di stretta osservanza neohegeliana, non restò sterile. Lentamente, i giuristi più colti e più sensibili alle istanze, oltre che della filosofia, della storia, attenuarono il loro rigido naturalismo che si risolveva nel formalismo: per il quale, perduta di vista l'effettiva ragione storica e sociale delle norme, ci si perdeva nell'elegante elaborazione di concetti astratti, e si pretendeva di poter risolvere tutti i casi singoli per via di deduzione logica rifiutando di guardare, nell'interpretazione delle norme, alla concreta realtà della società e della storia. Fu proprio un giurista influenzato dall'idealismo, Tullio Ascarelli (1903-1959), a reagire per primo, in Italia, all'oggettivismo naturalistico e al formalismo, riconoscendo la funzione creativa dell'interpretazione e la

⁷ V. *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937); *Etica, giuridica, politica* (1946); *Saggi di etica e di teoria del diritto* (1947).

⁸ Calogero, *La metodologia del naturalismo giuridico*, in *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Bari, 1947, pp. 164-165.

⁹ Una teoria che accoglie tanto la concezione naturalistica quanto quella storicistica della scienza giuridica è stata sostenuta da Gino Gorla in *L'interpretazione del diritto* (1941): la costruzione concettuale è scienza naturalistica, l'interpretazione del diritto è attività storica. La soluzione data al problema ricorda quindi quelle del Rickert e del Lask.

necessità di considerare l'azione storica, ed in particolare economica, degli istituti giuridici ¹⁰.

D'altra parte, anche al di fuori della diretta influenza dell'idealismo (benché sempre nel clima di uno storicismo che, crociano o no, richiamava comunque all'esperienza storica e sociale, alla concreta vita del diritto), vi era già stato chi aveva avvertito l'insufficienza, pratica oltre che teorica, del concettualismo giuridico: come Arturo Carlo Jemolo (n. 1891), che, storico insigne oltre che giurista, l'aveva già denunciata fin dal 1939 ¹¹. Su questa via, anche chi era stato rigoroso assertore del formalismo giungeva, proprio per l'esperienza della storia, delle mutate circostanze che questa aveva portato con sé, alla critica dell'abuso della logica astratta, fino a esortare i giudici a mettersi con coraggio sulla strada del giudizio di equità: come fece un altro dei maggiori giuristi italiani del tempo, Piero Calamandrei (1889-1956) ¹².

3. La dottrina dell'esperienza giuridica.

La riconciliazione tra scienza e filosofia del diritto avvenne però in Italia per altra via, grazie all'opera mediatrice di una singolare figura di pensatore che esercitò, forse con la sua personalità più ancora che con la sua dottrina, una forte suggestione sui giuristi italiani: Giuseppe Capograssi (1889-1956), il quale, pur filosofo — anzi, filosofo a tendenza mistica, profondamente sensibile al fatto religioso —, assunse verso la scienza giuridica, di contro al « metodo della superbia » degli idealisti, un atteggiamento di modestia e di umiltà che non solo gli valse le simpatie

¹⁰ Dell'Ascarelli si veda soprattutto *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione* (1953); ma in tutte le sue opere il nuovo atteggiamento metodologico è riconoscibile.

¹¹ Del Jemolo v. a questo proposito *I concetti giuridici* (1939-1940) e *Ancora sui concetti giuridici* (1945).

¹² Si veda *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente* (1955).

dei giuristi (lusingati, in fondo, da quella che sembrava una resa della filosofia alla loro scienza), ma, cosa assai più importante, gli permise di penetrare i motivi profondi, e quindi in sostanza *filosofici*, dell'operare dei giuristi: rivelando a costoro che la tanto aborrita filosofia erano essi stessi a praticarla senza accorgersene.

Ciò ebbe, a dire il vero, anche conseguenze non felici, perché i giuristi, appreso d'esser filosofi, si buttarono in molti avventatamente a filosofare; mentre il Capograssi aveva inteso dire che essi facevano della filosofia implicitamente nell'atto in cui facevano della scienza. Tuttavia il nuovo atteggiamento dei giuristi, o di gran parte di essi, contribuì a determinare una più ampia apertura degli studi giuridici, il cui campo andò allargandosi non solo alla filosofia ma anche all'economia, alla sociologia, all'esperienza totale, insomma, dell'uomo.

L'assunto del Capograssi di « raccogliere quelle che sono le certezze della scienza », « quello che è l'atto di pensiero da cui nasce tutto il lavoro specifico della scienza, di analisi e di costruzione », mettendosi « al seguito della scienza » e cercando « di cogliere quelle verità che essa afferma, di cogliere la sua attività al suo primo apparire nell'esperienza, di determinare la sua funzione nell'esperienza giuridica seguendo passo passo il suo lavoro »¹³, rientrava infatti in una visione amplissima del diritto: che veniva concepito non come sola norma, ma come attività, come esperienza: « esperienza giuridica », che è in definitiva e in sostanza l'esperienza umana, giacché « l'esperienza giuridica si allarga sino a comprendere tutta l'esperienza concreta »¹⁴.

Concetto volutamente indeterminato, quello di esperienza giuridica poteva apparire abbracciare tutto e non abbracciare nulla; ma senza dubbio esso rendeva efficacemente quel carattere, che già abbiamo avuto molteplici

¹³ Capograssi, *Il problema della scienza giuridica* (1937), pp. 14-15 della 2ª ediz., Milano, 1962.

¹⁴ Ivi, p. 8.

occasioni di rilevare, di problematicità e di indeterminabilità del fenomeno del diritto: carattere davanti al quale mostrano i loro limiti tutte le teorie semplificatorie e riduzionistiche di esso, primo fra tutte il giuspositivismo formalistico. Ed invero la difficoltà — ricordata già dal Kant come esempio della difficoltà delle definizioni¹⁵ — di definire il diritto (la quale più che difficoltà è forse impossibilità), è dovuta alla molteplicità degli aspetti del fenomeno giuridico, che prima di essere oggetto dell'attività dell'uomo è la sua attività stessa, articolantesi in disparate forme dovunque l'uomo sia in rapporto con gli altri uomini.

Il Capograssi, del resto, tirava le somme, pur se da una posizione personalissima, di un movimento che sotto vari e spesso contraddittori aspetti era in atto da tempo. La stessa espressione, destinata in Italia a tanta fortuna, « esperienza giuridica », era di origine sociologica — l'abbiamo vista usata, ad esempio, dal Gurvitch —; la dissoluzione del diritto come norma nel diritto come attività era stata opera dell'idealismo; l'estensione della giuridicità a una molteplicità di ordinamenti diversi da quello dello Stato era stata affermata dalle dottrine istituzionalistiche; l'idea del carattere creativo del diritto nell'atto dell'interpretazione e dell'esecuzione era stata al centro del movimento del diritto libero e degli indirizzi affini; il richiamo a valori intuiti dall'esperienza interiore del soggetto era stato proprio della fenomenologia.

A questi motivi, diffusi anche se ostici alla mentalità dei più fra i giuristi italiani, il Capograssi aggiungeva un afflato umano e religioso insieme, riecheggiante la filosofia dell'azione del Blondel e risalente al Rosmini e alla fine a sant'Agostino, attraverso un Vico interpretato secondo questa linea di pensiero, con un'attenzione vivissima all'in-

¹⁵ Kant, *Critica della ragion pura*, ediz. Acc. Pruss. cit., III, p. 479 nota. Tale osservazione, che il Kant compie incidentalmente, si trova spesso ricordata a torto come critica o rimprovero ai giuristi, mentre non vuole essere che un esempio.

dividuale ed al personale, in contrasto con l'universalismo dell'idealismo assoluto; e la sua dottrina esercitò per vari anni una suggestione notevole nell'ambiente giuridico italiano, risvegliandolo dalla sua cieca fede nel formalismo giuspositivistico e facendolo aprire a più vive e concrete visioni del diritto.

4. *L'esistenzialismo.*

Filosofia caratteristica dell'età posteriore alla prima guerra mondiale, della quale esprime l'inquietudine e l'insicurezza, l'esistenzialismo, che riprende e svolge i temi della filosofia del Kierkegaard (spesso ricollegandoli a quelli della fenomenologia husserliana), non si interessò, come non se ne era interessato il filosofo danese, del diritto. Nello stesso modo in cui per il Kierkegaard il problema vero ed unico è l'uomo nella sua singolarità, davanti al suo personalissimo destino, così è per gli esistenzialisti; e la società, e quindi il diritto, sono dimensioni nelle quali l'autenticità dell'uomo si disperde e si annulla. Soprattutto il pensiero dei due maggiori esponenti dell'esistenzialismo, i tedeschi Martin Heidegger (n. 1889) e Karl Jaspers (1883-1969), non sembra consentire nessuno sviluppo sul terreno della filosofia del diritto.

Lo Heidegger accenna alla giuridicità — in relazione alla colpevolezza — come momento caratteristico dell'« essere-nel-mondo » in quanto regola del « pubblico essere-con-gli-altri »¹⁶; ma per lui questo riferire agli altri, all'essere-con-gli-altri, il fondamento della colpevolezza non chiarisce, anzi svisa, il fenomeno della coscienza della colpa, il quale è invece ontologicamente legato alla condizione esistenziale dell'uomo, al suo « esserci », che è un originario « essere colpevole »¹⁷.

Non molto diversamente, il Jaspers colloca il diritto

¹⁶ Heidegger, *Sein und Zeit* (1927), § 58, p. 282 della 2ª ediz., Halle, 1929.

¹⁷ Ivi, pp. 283-285, e § 59, pp. 291-293.

tra i modi dell'oggettività, in cui la persona si disperde, e gli uomini sono, l'uno per l'altro, strumenti: di contro al piano della comunicazione esistenziale in cui la persona si costituisce nel suo valore, piano che non è quello della società empirica e svanisce in una trascendenza che si colora di misticismo¹⁸.

La stessa posizione di quelli, fra gli esistenzialisti, che non vorrebbero rifiutare valore alla società, finisce col non discostarsi molto da quella del Jaspers: la società ha per essi infatti vero valore in quanto si trasvaluti in una « comunione », che, anche quando non assuma aspetti misticeggianti, è tale proprio in quanto superi e consumi il diritto: così per Gabriel Marcel, Martin Buber, Nikolaj Berdjaev, ed altri che, del resto, qualificare esistenzialisti potrebbe essere inesatto. D'altro canto, neppure l'« esistenzialismo ateo » del francese Jean-Paul Sartre offre la base per una fondazione della coesistenza della pluralità degli esistenti.

Tuttavia anche dall'esistenzialismo è nata una filosofia del diritto, e l'« analitica esistenziale » è stata veduta come una delle vie che possono anzi condurre a comprendere il problema del diritto anche sul piano della scienza giuridica. Questo avvicinamento dei temi filosofico-giuridici all'esistenzialismo è stato opera soprattutto del tedesco Werner Maihofer (n. 1918), il quale, pur muovendo dal pensiero dello Heidegger, obietta a questo che l'autentica realtà esistenziale dell'uomo non è tale, cioè non è un « essere sé (*Selbstsein*) », se non nell'essere con gli altri; e questa situazione (*Mitsein*, che per lo Heidegger era, come abbiamo visto, una connotazione negativa dell'esistenza) implica, secondo il Maihofer, appartenenza dell'individuo ad un'altra sfera ontologica, quella dell'« essere come (*Alssein*) » in relazione ad altri: essere *come* moglie, *come* padre, *come* compratore, *come* cittadino ecc.¹⁹.

¹⁸ Jaspers, *Philosophie*, Berlino, 1932, II, p. 363 ss.

¹⁹ Maihofer, *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Francoforte s. M., 1954, p. 112 ss.

Ciò sposta il piano sul quale si poneva il problema heideggeriano dell'autenticità; perché non si tratterà più di determinare l'autenticità del singolo, ma quella delle varie figure sociali, anzi giuridiche: determinare cioè che cosa sia il marito *autentico*, il compratore *autentico*, e così via. « L'esserci nel mondo (*Dasein in der Welt*) è l'essere sé stesso nell'essere come (*Selbstsein im Alssein*) », e ciò conduce ad « un mondo nuovo, il mondo dell'*ordine*, ed anche del diritto »²⁰. Così l'*ordine* — dimensione negativa per lo Heidegger — nella visione del Maihofer assume un profilo esistenziale in quanto costruzione umana, prodotto dalla *decisione* dell'uomo²¹.

Su questa « situazione fondamentale » dell'« essere-congli-altri » il Maihofer ha fondato successivamente il concetto di « dignità dell'uomo (*Menschenwürde*) » che è al centro della sua concezione dello Stato di diritto, intendendola come autodisponibilità delle possibilità proprie di ciascun uomo²²; su ciò incide il suo orientamento giusnaturalistico, di cui si dirà fra poco, e che è comune ad altri filosofi del diritto tedeschi o austriaci di ispirazione esistenzialistica, come Erich Fechner e René Marcic²³.

5. Il neogiusnaturalismo in Germania. Radbruch.

Il fenomeno della rinascita del giusnaturalismo (o, meglio, della nascita di un giusnaturalismo nuovo, variamente atteggiato presso i suoi diversi assertori, ma quasi sempre assai differente da quello tradizionale) non senza ragione si verificò soprattutto in Germania. L'esperienza del regime

²⁰ Ivi, Prefazione.

²¹ Maihofer, *Naturrecht als Existenzrecht*, Francoforte s. M., 1963, p. 19. V. anche, precedentemente, *Vom Sinn menschlicher Ordnung* (1956).

²² Tale è il tema del vol. del Maihofer *Rechtsstaat und menschliche Würde* (1968).

²³ All'esistenzialismo si riconnette anche il danese Georg Cohn, che difende contro il formalismo le posizioni « esistenziali » delle dottrine giuridiche fondate sui dati individuali e sociali dell'esperienza.

nazionalsocialista, delle iniquità da esso perpetrate, e della catastrofe in cui il paese ne era stato travolto, induceva molti a ricercare valori che non solo non dipendessero dalla volontà dello Stato, ma che a questa potessero imporsi limitandola e controllandola. Gli stessi tribunali della Germania Federale, almeno nei primi due decenni del dopoguerra, spesso si richiamarono al diritto naturale, o comunque a principi superiori al dettato della legge positiva.

Proprio verso la fine della guerra si ebbe la clamorosa conversione al giusnaturalismo di Gustavo Radbruch (1878-1949), del quale abbiamo parlato già a proposito della sua concezione della scienza giuridica²⁴, giurista celebre e uomo politico di rilievo, ministro della giustizia della repubblica democratica tedesca nel primo dopoguerra, privato della sua cattedra dal governo hitleriano, ricco di prestigio per dottrina e per nobiltà d'animo. Nella sua *Rechtsphilosophie*, la cui edizione definitiva è del 1932, il Radbruch, vicino per alcuni aspetti del suo pensiero alla scuola neokantiana sud-occidentale, professava tuttavia una concezione del diritto dichiaratamente relativistica, affermando l'impossibilità della conoscenza del diritto giusto²⁵: « dimostra di essere chiamato a stabilire il diritto », egli scriveva, « colui che è in grado di imporre il diritto »²⁶.

Si era allora proprio alla vigilia dell'ascesa al potere del nazionalsocialismo. Nell'anno stesso della caduta di questo, il 1945, il Radbruch mostrava invece di accogliere l'idea della validità del diritto naturale²⁷, che faceva sua esplicitamente l'anno dopo²⁸, fino a concludere poi la sua maggiore opera del secondo dopoguerra, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948) scrivendo che « dopo un secolo

²⁴ V. sopra, pp. 267-268.

²⁵ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, § 2, p. 97 ss. della 4ª ediz. cit.

²⁶ Ivi, § 10 (p. 179).

²⁷ Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, ora in app. alle ediz. dalla quarta in poi della *Rechtsphilosophie*.

²⁸ Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, ivi. V. anche *Die Erneuerung des Rechts* (1947) ora nel vol. coll. *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt, 1962.

di positivismo giuridico è potentemente risorta l'idea di un diritto sopralegale (*übergesetzliches*), commisurate al quale anche leggi positive possono essere rappresentate come « torto legale (*gesetzliches Unrecht*) », e ponendo in rilievo che a tale suo corso di lezioni egli aveva dato « un sottotitolo che da molti decenni era caduto in disuso, cioè il titolo *Diritto naturale* »²⁹. E in quest'opera la filosofia del diritto era concepita come « la dottrina del diritto giusto »³⁰.

È vero che già da tempo il Radbruch si era servito, pur se in senso relativistico, di un concetto intrinsecamente giusnaturalistico, che, in varie e mal definite forme (« nozione imprecisa e feconda » lo aveva detto lo Géný³¹) era stato usato fin dall'antichità per ricollegare il diritto a un oggetto o a un fine oggettivo anteriore ad esso: il concetto di « natura della cosa » (o « delle cose », o « del fatto »: *Natur der Sache* nella dottrina tedesca che ne ha fatto largo uso, ma già in san Tommaso *ipsa natura rei*)³². Il fondamento di validità del diritto positivo sarebbe, secondo coloro che a tale concetto ricorrono, l'idoneità delle norme giuridiche a regolare un rapporto, o un complesso di rapporti sociali, in relazione allo scopo intrinseco di tali rapporti: scopo che può essere inteso sia in senso empiristico e utilitaristico, sia come inserito in un ordine di valori assoluti.

È facile che il richiamo alla « natura della cosa », anche quando nasca da un'esigenza empiristica e relativistica, conduca su posizioni assiologiche, trasformandosi in un richiamo a valori: lo scopo è sempre, in qualunque modo lo si prospetti, un valore. In ogni caso, il fondare la vali-

²⁹ Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), p. 114 della 2ª ediz., Gottinga, 1959.

³⁰ Ivi, p. 19.

³¹ V. sopra, p. 248.

³² Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, apparso dapprima in italiano nella « Riv. internaz. di filosofia del diritto », 1941, poi, rielaborato e ampliato, in tedesco (*Die Natur der Sache als juristische Denkform*) nel vol. coll. *Festschrift zu Ehren von Prof. R. Laun*, Amburgo, 1948, e ristampato a parte a Darmstadt, 1950.

dità del diritto positivo sulla natura della « cosa » che esso è chiamato a regolare nega il principio del positivismo giuridico, per il quale la validità del diritto è data dal suo essere posto dall'autorità formalmente legittimata a farlo, indipendentemente non solo da valori assoluti d'ordine morale, ma anche da scopi empirici, quali l'utilità sociale o il bene comune.

Il Radbruch, che intendeva la natura della cosa come il senso oggettivo che trova espressione nei rapporti di vita³³, non le assegnava se non una funzione limitata di fonte secondaria e di mezzo di interpretazione del diritto; ma già questo mostrava la sua estraneità alla mentalità del positivismo giuridico, per il quale è escluso ogni ricorso ad elementi che non siano tratti dal sistema delle norme positive³⁴.

Questi aspetti del pensiero del Radbruch si possono far risalire alle origini neokantiane della sua dottrina e alla conseguente visione del diritto come fenomeno culturale, propria di quella « filosofia della cultura », nata appunto prevalentemente dalla scuola kantiana sud-occidentale, che cercava di stabilire una connessione tra il mondo dei fatti e quello dei valori, e di cui abbiamo incontrato un esponente tipico nel Lask. Quanto al concetto di « natura della cosa » quale è inteso dal Radbruch, esso può essere ricondotto all'influenza che sul suo pensiero ha avuto la sociologia storicistica di Max Weber, al cui centro è il concetto in gran parte analogo di « tipo ideale », rappresentazione concettuale di un fatto storico che permette di comprendere la struttura di questo.

³³ Ivi, in « Riv. internaz. di filosofia del diritto », 1941, p. 153.

³⁴ Fu questo che fece apprezzare in sommo grado al Radbruch l'ordinamento, e ancor più il costume giuridico inglese, da cui vide assicurato proprio ciò che di solito viene presentato come pregio essenziale del diritto codificato, la certezza del diritto e lo Stato di diritto: v. *Der Geist des englischen Rechts* (1946).

6. Altri esponenti del neogiusnaturalismo nei paesi di lingua tedesca.

L'essenza giusnaturalistica, o per lo meno antigiuspositivistica, del concetto di natura della cosa è confermato dal ricorrere di esso in altre dottrine neogiusnaturalistiche tedesche. Anzitutto in quella del Maihofer, alla cui tendenza al giusnaturalismo abbiamo già accennato, e che si manifesta appunto nel richiamo alla natura della cosa, che egli intende, sotto l'influenza della fenomenologia — spesso vicina all'esistenzialismo —, come « diritto naturale concreto » o « criterio concreto di giustizia materiale »³⁵: in una prospettiva cioè molto diversa da quella (almeno in un primo tempo) sociologico-culturale del Radbruch, e tale da condurlo ad assegnare alla natura della cosa la funzione di fonte primaria del diritto, prevalente sul diritto positivo, in quanto *dover essere* direttamente derivato dall'essere.

Pure dall'ontologia fenomenologica, ma giungendo a conclusioni più moderate, procede Hans Welzel (n. 1904) con la sua teoria della « strutture logico-materiali (*sachlogische Strukturen*) », regole oggettive che limitano il potere del legislatore in quanto questi violandole commetterebbe una contraddizione logica. Tale dottrina è affine a quella della natura della cosa, perché il limite che la volontà del legislatore incontra è costituito dalla struttura stessa dell'oggetto che la norma deve regolare.

A questa teoria essenzialmente logica il Welzel connette però anche quella di un principio « materiale » (ossia contenutistico) della validità del diritto: il « presupposto minimo che un ordinamento sociale deve presentare se non

³⁵ Maihofer, *Die Natur der Sache*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 1958, pp. 172-174. La posizione del Maihofer circa la « natura della cosa » non appare tuttavia ancora definitiva: si confrontino i successivi scritti *Das Problem des Naturrechts*, ivi, 1960; *Le droit naturel comme dépassement du droit positif*, in « Archives de philosophie du droit », 1963; *Droit naturel et nature des choses dans la philosophie allemande du droit*, nel vol. coll. *Droit et nature des choses*, Parigi, 1965.

vuole semplicemente costringere con la forza ma obbligare come diritto è il riconoscimento dell'uomo come persona responsabile »³⁶.

Sempre muovendo da un'ispirazione fenomenologica, un altro tedesco, Helmut Coing (n. 1912), parla di un diritto naturale concepito come ordine sociale legato a determinati valori, dai quali derivano con necessità assoluta norme costituenti i principi fondamentali che stanno alla base di ogni vero diritto³⁷. Il Coing attribuisce cioè all'idea del diritto un contenuto etico, dal quale deduce norme, che sono tuttavia condizionate dal modo in cui in un determinato periodo storico i membri di una determinata società interpretano i valori³⁸.

Benché il Coing enumeri i valori che debbono essere tutelati dal diritto, ossia i diritti soggettivi naturali³⁹, il diritto naturale non è inteso da lui come un ordine immutabile: i valori, pur trascendenti e assoluti, vengono « scoperti » progressivamente e possono talvolta anche essere « dimenticati »⁴⁰; e le norme del diritto naturale sono relative a determinate situazioni e rapporti di fatto⁴¹. Appare chiara così presso il Coing l'esigenza di conciliare la risorta idea del diritto naturale con la coscienza storica e storicistica della nostra epoca: esigenza che è poi, in gran parte, quella che sta alla radice delle varie teorie giusnaturalistiche richiamantisi alla natura della cosa, giacché la « cosa » alla cui natura deve adeguarsi il diritto è sempre, comunque venga raffigurata, la società, e la « natura » di questa non può essere che la storia.

³⁶ Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (1951), p. 240 della 4ª ediz., Gottinga, 1962. Oltre a quest'opera, che è anche una buona storia del giusnaturalismo, v. *Naturrecht und Rechtspositivismus* (1957). Fra coloro che aderiscono all'indirizzo del Welzel ricordiamo Armin Kaufmann, Günther Stratenwert, Werner Niese.

³⁷ Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts*, Heidelberg, 1947, pp. 50-54.

³⁸ Ivi, p. 47.

³⁹ Ivi, p. 64 ss.

⁴⁰ Ivi, e soprattutto p. 115 ss.

⁴¹ Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlino, 1950, p. 165.

Tale esigenza di « storicizzare » il giusnaturalismo (che abbiamo avvertito già presso molti dei giuristi antiformalisti, « giusnaturalisti » nella misura in cui il diritto naturale poteva essere inteso come storicamente variabile) si fa sentire perfino presso i teorici del giusnaturalismo confessionale. Questo, che era il solo ad essere sopravvissuto alla guerra condotta contro il diritto naturale dal positivismo giuridico ⁴², beneficiò ovviamente non poco della crisi di quest'ultimo anche nei paesi tedeschi ⁴³; ma lo rendeva difficilmente accettabile il suo persistere nell'idea tradizionale del sistema di norme eterne e immutabili, superiore ed estraneo alla storia. Senonché lo stesso giusnaturalismo cattolico, che tanto rigido era stato — si pensi ad esempio, ancora in tempi recenti, al Cathrein — nel sostenere l'immutabilità delle norme del diritto naturale, si venne ora orientando verso una diversa concezione di questo, aperta all'ammissione della variabilità di tal contenuto, ferma restando l'assolutezza dell'idea di legge di natura: secondo un'interpretazione pienamente legittima della dottrina di san Tommaso ⁴⁴.

Così, in forme diverse, vari scrittori cattolici in Germania, in Austria, in Svizzera — e, lo vedremo presto, in altri paesi — teorizzano un « diritto naturale relativo », cioè con un contenuto storicamente diveniente, nel senso che l'uomo lo viene scoprendo a poco a poco. Fra essi possiamo ricordare la tedesca M. E. Schmitt, gli austriaci Johannes Messner e Josef Funk, lo svizzero Arthur Utz; e, particolarmente interessante perché giunge a conclusioni estreme che rasentano le posizioni dello storicismo, il tedesco Arthur Kaufmann, il quale afferma che « diritto natu-

⁴² V. sopra, pp. 305-309.

⁴³ Del giusnaturalismo cattolico tradizionale gli esponenti di lingua tedesca più noti sono Heinrich Rommen e Georg Stadtmüller; di quello protestante (caratterizzato, fin dal tempo della Riforma, dal volontarismo teologico) Erik Wolf e lo svizzero Emil Brunner. A una posizione cattolica si è avvicinato il giurista austriaco Alfred Verdross, già fra i più eminenti seguaci del Kelsen.

⁴⁴ V. vol. I, pp. 259-260.

rale e storicità del diritto non sono reciprocamente nemici: anzi, storicità del diritto significa apertura del diritto verso il diritto naturale in quanto, con lo sguardo rivolto all'inconsequibile, si consegue tuttavia ciò che si può in un luogo e momento determinato: il diritto storicamente giusto »⁴⁵. Vittorioso grazie alle circostanze sul primo dei suoi grandi nemici, il positivismo giuridico, in tal modo il giusnaturalismo consolida la propria nuova fortuna conciliandosi con il secondo, lo storicismo.

7. Il nuovo giusnaturalismo in Italia.

Il fenomeno della reviviscenza giusnaturalistica non è rimasto limitato alla Germania ed ai paesi di cultura tedesca. Anzitutto, stati d'animo analoghi a quelli dei giuristi e dei filosofi del diritto germanici erano diffusi per le stesse ragioni in Italia; non per nulla il più autorevole filosofo del diritto italiano del tempo, il Del Vecchio, riprendendo nel 1947 la pubblicazione della *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, da lui fondata nel 1921, dopo la parentesi della guerra, scriveva di volere invocare « il ritorno all'idea eterna del diritto naturale »⁴⁶. Ma non soltanto il Del Vecchio, che giusnaturalista era sempre stato (dapprima, come vedemmo, nelle forme del neokantismo, più tardi su posizioni prossime a quelle tomistiche), o i filosofi del diritto già precedentemente professanti il giusnaturalismo scolastico, come Francesco Olgiati (1886-1962) od Eugenio Di Carlo (1882-1969)⁴⁷, riconfermavano le loro posizioni: a valori oggettivi sostanzialmente affini al diritto naturale guardarono anche i filosofi idealisti orientatisi,

⁴⁵ Arthur Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tubinga, 1957, p. 31.

⁴⁶ Del Vecchio, *Premessa alla terza serie*, in « Riv. internaz. di filosofia del diritto », 1947, p. 3.

⁴⁷ Dell'Olgiati v. soprattutto *La riduzione del concetto filosofico del diritto al concetto di giustizia* (1932); del Di Carlo, *Il diritto naturale nell'attuale fase del pensiero italiano* (1932) e *Filosofia del diritto* (1940).

talvolta attraverso la mediazione della fenomenologia od il richiamo al Rosmini, verso lo « spiritualismo cristiano », come il Battaglia⁴⁸. Un'inattesa rivalutazione del giusnaturalismo si ebbe perfino da parte di un fedele seguace del Croce, Carlo Antoni (1896-1959)⁴⁹; ma è da osservare che tanto l'Antoni quanto il Battaglia, come del resto altri idealisti che accolsero in qualche forma l'idea del diritto naturale, non rinunciarono affatto alle premesse storicistiche del loro pensiero e non concepirono perciò mai tale diritto come un sistema di norme eterne e immutabili.

Lo stesso deve dirsi a proposito di un'altra clamorosa conversione al giusnaturalismo, quella di un giurista, il Carnelutti, che, dichiaratamente rinnegando quanto aveva affermato nella *Metodologia del diritto* e in altri scritti⁵⁰, nel tracciare un « bilancio » del positivismo giuridico accettò l'idea e il nome stesso del diritto naturale⁵¹. Pur con limitata coscienza della portata filosofica del problema, il Carnelutti dichiarò che neppure lui intendeva riferirsi a un diritto naturale fuori della storia⁵².

Su questo punto, del resto — come abbiamo visto essere avvenuto in Germania —, ormai tutti coloro che accettano in un modo o nell'altro l'idea del diritto naturale sembrano concordare: sulla stessa rivista della Compagnia

⁴⁸ Del Battaglia v. a questo proposito *Odierna tendenze della filosofia del diritto*, in « Riv. trim. di diritto e procedura civile », 1955, e *Il diritto nel sistema dei valori*, ivi, 1964; e, su un piano più generale, le opere di filosofia morale, in particolare *Il valore nella storia* (1948) e *I valori tra la metafisica e la storia* (1957).

⁴⁹ Dell'Antoni v. *La restaurazione del diritto di natura* (1959).

⁵⁰ Particolarmente polemico l'articolo *Diritto naturale?*, in « Nuova Antologia », 1939.

⁵¹ Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico* (1951), ora in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953. Un contributo del Carnelutti è compreso anche nel vol. *Diritto naturale vigente* (Roma, 1951), in cui sono raccolti gli atti di un congresso tenuto nel 1949 dai giuristi cattolici italiani su tale tema: volume che è di molto interesse perché ne risultano le difficoltà che l'argomento suscita ai giuristi cattolici, fra i quali appare infatti una notevole disparità di vedute.

⁵² Carnelutti, *L'antinomia del diritto*, in « Riv. di diritto processuale », 1959.

di Gesù, *La civiltà cattolica*, che nel 1932, criticando il Del Vecchio per il carattere formale del suo giusnaturalismo, aveva rigorosamente riaffermato l'immutabilità e l'assolutezza del contenuto delle norme del diritto naturale⁵³, è stata ora condivisa la tendenza del pensiero cattolico a concepire la giustizia come principio formale, i cui contenuti possono storicamente variare⁵⁴.

L'idea del diritto naturale a cui oggi i giusnaturalisti guardano è insomma, anche in Italia, più prossima a quella, di origine sociologica, del diritto libero, o a quella, kantiana, della giustizia come principio formale, che non a quella sostenuta per secoli dal giusnaturalismo che abbiamo chiamato tradizionale, richiamantesi a un codice eterno e definito di norme perfette. Del giusnaturalismo di ogni specie e di ogni tempo ciò che il giusnaturalismo attuale conserva è la negazione della riduzione del diritto alle sole norme poste dalla volontà del legislatore: negazione che esso compie sia per un'esigenza politica di salvaguardia della libertà dell'individuo e dei gruppi sociali minori, sia per la constatazione storica e sociologica dell'efficacia (e perciò in definitiva della validità) delle norme non statuali, sia infine per la necessità politico-sociale, oltre che etica, di adattare il diritto alla sempre più rapida trasformazione della società, a cui la legislazione dello Stato non riesce ad adeguarsi.

Senza dubbio da ciò sorgono gravi problemi, relativi soprattutto alla certezza del diritto e alle garanzie di libertà che questa fornisce ai soggetti dell'ordinamento giuridico. Sono i problemi della filosofia del diritto d'oggi, problemi, oltre che filosofici, politici e sociali.

⁵³ Anonimo, *Il diritto naturale e la sua immutabilità e assolutezza*, in « *La civiltà cattolica* », 1932, IV, p. 421 ss.

⁵⁴ S. Lener, *Stato di diritto e giustizia sociale*, ivi, 1963, II, pp. 144-156 e 326-339. Un giusnaturalismo tomistico ma aperto alla storicità professa anche Giovanni Ambrosetti (n. 1915).

8. *Le dottrine giusnaturalistiche in altri paesi.*

Se in Germania e in Italia le circostanze storiche potevano offrire motivi più immediati ed efficaci di reazione al positivismo giuridico in quanto possibile strumento di abuso dell'autorità dello Stato, il fenomeno della reviviscenza del giusnaturalismo non fu limitato ad esse. Del resto, tutto il mondo aveva subito le conseguenze della condotta degli Stati totalitari, e ne temeva il risorgere in una od in altra forma.

Spesso a godere del nuovo atteggiamento dell'opinione prevalente nei riguardi dell'idea del diritto naturale fu il giusnaturalismo cattolico: dapprima nelle forme tradizionali, poi quasi dappertutto aggiornandosi nel senso di quella prospettiva moderna del diritto « di natura » che non prescinde dall'esperienza storicistica dell'idealismo da un lato, della sociologia dall'altro, e che poté avvalersi, come in Germania e in qualche caso in Italia, di nuovi apporti filosofici, soprattutto di quello della fenomenologia.

La cultura francese, poco interessata agli argomenti filosofico-giuridici, non si mostrò particolarmente sensibile al problema. Uno degli scarsi cultori specialistici di filosofia del diritto in Francia, Michel Villey, aderì ad un giusnaturalismo di dichiarata ispirazione tomistica. D'altra parte un filosofo cattolico di grande fama, Jacques Maritain (n. 1882), non mancò di inserire nella propria dottrina politica l'idea di legge naturale, sempre ispirandosi a san Tommaso⁵⁵. Il giusnaturalismo protestante è rappresentato in Francia da Jacques Ellul (n. 1912).

Nel Belgio ha professato una dottrina del diritto naturale tomistica, adattandola ai tempi soprattutto con l'insistere sui suoi aspetti sociali, Jacques Leclercq (n. 1891); il pensiero di san Tommaso è al centro delle opere teoriche e di storia della filosofia e della teologia di Odon Lottin

⁵⁵ Del Maritain, autore di numerosissime opere, v. a questo proposito soprattutto *Les droits de l'homme et la loi naturelle* (1942) e *Christianisme et démocratie* (1943).

(1880-1965); ad esso aggancia in qualche modo la sua teoria generale del diritto un giurista, Jean Dabin (n. 1889).

Roccaforte del giusnaturalismo anche nel periodo di sua minore fortuna era sempre stata la Spagna, dove al filone tomistico della dottrina del diritto naturale si era affiancato quello risalente al Krause, senza peraltro che né l'uno né l'altro esprimessero personalità eminenti. Più che di rinascita del giusnaturalismo è perciò da parlare di continuazione e di relativo rinnovamento: opera di quasi tutti i numerosissimi cultori recenti di filosofia del diritto spagnoli, tra i quali si possono segnalare Enrique Luño Peña, Luís Legaz y Lacambra, Eustaquio Galán y Gutiérrez, Joaquín Ruiz-Giménez, Antonio Truyol y Serra, Agustín de Asís, Francisco Elías de Tejada.

9. *Il nuovo positivismo giuridico e la filosofia analitica in Italia.*

In Italia, al lungo dominio dell'idealismo, accusato oltre tutto d'essere stato la teoria del fascismo, seguirono diverse forme di reazione. L'idealismo stesso, come era avvenuto a quello hegeliano, si scisse in due indirizzi, che si possono dire anche questa volta sinistra e destra; il primo si inserì nel fenomeno, comune nel secondo dopoguerra ad ogni paese, della riaffermazione del marxismo, e nel campo specifico della filosofia del diritto — come già il marxismo classico — non diede frutti di grande rilievo; il secondo confluì nel pensiero cattolico, e, per quel che riguarda la nostra materia, accolse, come abbiamo visto, sostanzialmente il giusnaturalismo.

Ma un'altra forma di reazione all'idealismo vi fu, assai più esplicita e polemica: quella del pensiero di ispirazione illuministica, di « sinistra » nei suoi aspetti politici, ma dottrinalmente del tutto estraneo al marxismo. Espressione degli ambienti democratici radicali e socialisti, marcata-mente laico, esso non aveva nulla in comune né con gli ex-idealisti di ogni tendenza né con i cattolici; con gli uni

e con gli altri era anzi spesso in piú o meno scoperta polemica.

In seno a una siffatta corrente di idee la rinascita del diritto naturale non poteva certo avere fortuna. Essa vi suscitò anzi una reazione vivace, dettata in parte anche — forse non sempre consapevolmente — da un intimo anticlericalismo e dalla convinzione che il giusnaturalismo implicasse (come per verità era spesso, ma non sempre e soprattutto non necessariamente) una posizione cattolica, per non dir clericale. Questo pregiudizio, ricambiato del resto dalla parte avversaria, che spesso vedeva nell'antigiusnaturalismo una manifestazione di ostilità preconcepita al cattolicesimo, ha pesato e pesa tuttora sugli studi filosofico-giuridici italiani, determinando incomprensioni e alimentando polemiche a causa delle quali la discussione propriamente filosofica viene spesso alterata e sviata.

Pur ricollegandosi idealmente, o meglio sentimentalmente, al positivismo del secondo Ottocento, che era stato la filosofia del radicalismo e del socialismo prefascisti, i nuovi illuministi non potevano certo riprendere le tesi di esso, che non era stato soltanto l'idealismo a combattere e a svalutare, ed a cui la stessa scienza recente non avrebbe offerto il sostegno che il positivismo ottocentesco aveva ricevuto dalla scienza di allora. Sappiamo del resto che il positivismo giuridico — al quale l'antigiusnaturalismo dei neoilluministi ovviamente conduceva — poco ha in comune con il positivismo filosofico, per il quale la teoria del diritto si risolve nella sociologia.

Ciò non tolse che, per il solito equivoco causato dalla parola « positivismo », per la suggestione esercitata da questa soprattutto in funzione antidealistica, e per l'effettivo comune atteggiamento antimetafisico del positivismo giuridico e di quello filosofico qualche confusione avvenisse; e che si ritrovassero insieme, ritenendosi affini, positivisti sociologi e « positivisti » formalisti, che per verità rappresentano posizioni addirittura antitetiche.

Dei positivisti sociologi qui non ci occuperemo, essendo

la sociologia giuridica divenuta ormai una disciplina autonoma, diversa dalla filosofia del diritto. Grande interesse presentano invece per noi i nuovi assertori del positivismo giuridico, ossia del formalismo, che trovarono ad esso un fondamento filosofico nuovo, cercando di dare alla scienza giuridica — nella forma della teoria generale del diritto, a cui essi, secondo la logica del positivismo giuridico, riducono la filosofia del diritto — una base più salda di quella, ingenuamente naturalistica, su cui avevano continuato ad operare, come vedemmo, i giuristi italiani.

Abbiamo già rilevato come altri giuristi, fuori d'Italia, abbiano risentito, chi in maggiore chi in minore misura, della filosofia analitica: come il più recente Kelsen⁵⁶, il Ross⁵⁷, e soprattutto lo Hart⁵⁸. Tale filosofia (indicata anche coi nomi di neopositivismo, positivismo logico, empirismo logico, benché a rigore essa costituisca un particolare indirizzo neopositivistico⁵⁹), nata come teoria della scienza, muove dall'esigenza del rigore, dell'ordine e della precisione nell'indagine, ed intende soddisfarla mediante l'analisi e la chiarificazione dei procedimenti scientifici. Il suo assunto è quindi del tutto extrametafisico (anzi antimetafisico), ed è essenzialmente metodologico; la sua preoccupazione è il chiarimento del modo di funzionare degli strumenti linguistici dell'indagine, e la determinazione dell'uso corretto di essi. Estranea, alle sue origini, ai problemi del linguaggio prescrittivo e valutativo, considerato linguaggio emotivo usato per esprimere unicamente i propri sentimenti o per influenzare quelli altrui, ha poi

⁵⁶ V. sopra, p. 344.

⁵⁷ V. sopra, p. 357.

⁵⁸ V. sopra, pp. 358-359.

⁵⁹ « Analisi del linguaggio » è propriamente la filosofia della « scuola di Oxford »; la problematica di questa si inserisce tuttavia in quella del « circolo di Vienna » costituito attorno al 1930 da R. Carnap, O. Neurath, M. Schlick ed altri, da cui in pratica derivarono, o con cui per lo meno ebbero contatti, i vari gruppi neopositivisti (inglese, tedesco, scandinavo, polacco, americano).

applicato il proprio metodo anche ai procedimenti linguistici dell'etica.

Ma di ciò più oltre. Quello che ora ci interessa è che la concezione neopositivistica della scienza ha potuto permettere di tentare di fondare in modo nuovo la scientificità della giurisprudenza. Il carattere essenziale della scienza non è infatti per i neopositivisti la sua verità assoluta, bensì la sua validità, cioè la sua idoneità, muovendo da determinati principi, non *assolutamente* certi, ma posti convenzionalmente perché necessari in ordine al fine che la scienza si propone, a trarre mediante un uso meramente strumentale della ragione tutte le conseguenze che da tali principi derivano secondo una logica rigorosamente coerente. La scienza viene intesa insomma come un sistema di proposizioni che, sviluppandosi da proposizioni iniziali e secondo regole di trasformazione le une e le altre esattamente definite, procede in coerenza con esse; sicché una data forma di conoscenza assume il carattere della scientificità non per la *verità* del suo *contenuto*, ma per il *rigore* del suo *procedimento*.

Guardando a un siffatto tipo di scienza, Norberto Bobbio (n. 1909), uomo attento ai più vivi e nuovi problemi culturali e per ciò stesso passato attraverso varie esperienze filosofiche, ma di temperamento fortemente razionalistico e di un rigore intellettuale che non poteva non fargli guardare con favore all'atteggiamento dei neopositivisti, ha ritenuto di potere risolvere l'annoso problema della scientificità della giurisprudenza, i cui tentativi di soluzione si erano sempre arenati sulle conseguenze dell'arbitrarietà dei dati — le norme — di cui essa intendeva essere scienza.

In un articolo del 1950⁶⁰, e nel contemporaneo corso universitario *Teoria della scienza giuridica*, il Bobbio ha proposto di impostare il problema secondo la concezione della scienza propria della filosofia analitica: con l'inten-

⁶⁰ *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in « Riv. trim. di diritto e procedura civile », 1950.

dere cioè la giurisprudenza come analisi del linguaggio del legislatore, tale da conferire a questo linguaggio il carattere di discorso rigoroso, ogni enunciato del quale sia coerente con gli altri enunciati del sistema. L'opera del giurista, egli affermava, può avere carattere scientifico in quanto si espliciti nel conferire rigore al linguaggio del legislatore col chiarirne le proposizioni iniziali (le norme), definirne e completarne le regole di trasformazione, ed ordinarlo infine in sistema coerente⁶¹.

Il tipo di scienza giuridica che può assumere la forma indicata dal Bobbio è essenzialmente le teoria generale del diritto normativistica e formalistica (ed in effetti il Bobbio aderisce praticamente al kelsenismo); così il neopositivismo conduce alla stessa conclusione del positivismo giuridico precedente, che vedeva in tale dottrina l'espressione più alta del sapere giuridico. Tuttavia il Bobbio, cresciuto alla scuola di Gioele Solari, e come lui studioso esperimentissimo di storia della filosofia giuridica e politica, non trae dalla sua nuova teoria della scienza giuridica la conclusione del positivismo giuridico vecchio, quella cioè dell'inutilità della filosofia del diritto e della necessità di ridurla alla teoria generale. Anzi, come aveva già sostenuto prima della sua adesione al neopositivismo, egli riserva alla filosofia del diritto un suo specifico compito, quello di occuparsi, come teoria della giustizia, dell'ideale o valore del diritto (il tradizionale « compito deontologico »)⁶²; ed assegna alla scienza giuridica lo studio della *validità* — anziché del *valore* — del diritto, lasciando poi alla sociologia giuridica lo studio dell'*efficacia* di esso; e pone anzi

⁶¹ Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, pp. 230-232. Nella vastissima produzione del Bobbio ricordiamo *Studi di teoria generale del diritto* (1955); *Teoria della norma giuridica* (1958); *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960); *Il positivismo giuridico* (1961); e le due raccolte di saggi (la seconda d'argomento storico) *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* e *Da Hobbes a Marx*, edite entrambe nel 1965.

⁶² Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961, p. 170 ss. Cfr. *Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1946, pp. 10-14 e 41; *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 1948, pp. 50-51.

in guardia contro il « riduzionismo » di coloro che scorrono nell'esperienza giuridica uno solo di questi tre suoi aspetti, riducendo la validità a giustizia, o la giustizia a validità, o la validità ad efficacia⁶³.

Vero è però che egli tratta poi del diritto unicamente sotto il profilo della sua validità formale, come gli è imposto dal procedimento analitico, prescindendo (anche se, felicemente, non sempre vi riesce) dagli altri due aspetti di esso. E questa unilateralità della visione del diritto (attenuata, nel caso personale del Bobbio, dal sottofondo filosofico e storico del suo discorso, che la sua vasta dottrina storico-filosofica gli impedisce fortunatamente di eliminare) vizia assai la sua scuola, alimentatrice di molti e valenti studiosi⁶⁴, tutti però tendenti ad aride e riduzionistiche analisi formali; ed esercita, con la suggestione della novità dell'impostazione analitica (che nella cultura italiana appare progressistica e sprovincializzatrice, anche quando è semplicemente astrattistica ed antistorica), un'attrazione sui giovani che rischia di distoglierli da quella visione totale e concreta della complessa, multiforme e problematica realtà del diritto della cui esplorazione proprio il Bobbio ha dato esempi insigni.

Di qui la diffidenza che nei riguardi della filosofia analitica applicata al diritto nutrono altri ambienti della cultura giuridica italiana, in cui pure ne è apprezzato l'impegno scientifico e il rigore metodologico. La rifiutano infatti (anche a parte i marxisti, che dalla pretesa avalutatività della filosofia analitica vedono mascherata un'ideologia conservatrice) i seguaci dell'indirizzo del Capograssi — tra cui sono da ricordare Enrico Opocher (n. 1914) e

⁶³ Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, pp. 47-49.

⁶⁴ Se non propriamente fra i discepoli, certo fra coloro che più radicalmente hanno sviluppato l'insegnamento del Bobbio è da ricordare Uberto Scarpelli (n. 1924), che ha posto la filosofia analitica a base di un rigoroso positivismo giuridico.

Pietro Piovani (n. 1922)⁶⁵ —, educati ad una visione del diritto certo meno precisa ma proprio per questo più ampia e feconda, ed altri, che del pari non vedono esaurirsi la realtà del diritto nell'aspetto della sua mera validità formale⁶⁶: fra questi, alcuni che si richiamano a un rinnovato giusnaturalismo cattolico di ispirazione agostiniana più che tomistica, come Sergio Cotta (n. 1920), o che, nel cercare di portare sul piano filosofico la dottrina istituzionale, vedono vivere nella società il diritto assai più come fatto e come valore che come norma formale. D'altra parte v'è chi, forse suggestionato dall'assunto antimetafisico dei neopositivisti, resta abbastanza vicino alle loro posizioni pure avendo del diritto una visione essenzialmente sociologica, come Renato Treves (n. 1907), che appunto della sociologia giuridica è stato in Italia, dopo il tramonto dell'idealismo, il primo e più efficace cultore.

10. *Gli studi di logica del diritto.*

Per gran parte allo stesso atteggiamento razionalistico a cui deve la sua fortuna la filosofia analitica debbono la propria i rinnovati studi di logica giuridica, cioè di una materia che, in forma più o meno autonoma, è sempre stata coltivata da molti filosofi e giuristi: di *logica jurídica* parlava testualmente il Leibniz nel comporne un breve trattato⁶⁷; e una logica del diritto è per lo meno tratteggiata da tutti coloro che allo studio del diritto hanno in-

⁶⁵ Del Piovani, che era fra i più eminenti cultori italiani di filosofia del diritto ma che in seguito si è dedicato ad altri studi, si vedano *Il significato del principio di effettività* (1953), *Linee di una filosofia del diritto* (1958), *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961), e la raccolta di saggi *La filosofia del diritto come scienza filosofica* (1963).

⁶⁶ Anche chi, come Luigi Bagolini (n. 1913), è stato fra i primi in Italia ad occuparsi della possibilità dell'applicazione all'etica e al diritto delle nuove logiche neopositivistiche, non ha aderito alla filosofia analitica de è rimasto su posizioni ontologiche.

⁶⁷ Leibniz, *Specimen certitudinis seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrina conditionum, Praeliminaria* (ediz. Dutens, IV, 3, p. 94).

teso dare carattere scientifico, tendendo ad una costruzione logicamente coerente di concetti. In particolare presuppongono o implicano una logica le filosofie e le teorie generali del diritto formalistiche, le « dottrine pure », per usare un'espressione comune allo Stammler e al Kelsen.

La logica del diritto, come disciplina autonoma, è stata intesa perciò come logica delle norme, o meglio del linguaggio normativo: le concezioni non normativistiche e quindi non formalistiche del diritto, che in esso vedono qualcosa di più della norma formalmente enunciata — valori etici, condizionamenti storici, economici, politici ecc. — pur non essendo certamente illogiche, non danno luogo a una logica giuridica di cui possa formularsi una teoria astratta.

Per questo dicevamo che l'odierno fiorire della logica giuridica in quanto logica delle norme, o delle proposizioni prescrittive (« logica deontica ») — la quale d'altra parte, come fra poco vedremo, non è la sola forma di logica del diritto — è parallelo, anche se non sempre e non necessariamente connesso, al fiorire della filosofia analitica; benché questa, come già abbiamo accennato, in un primo tempo si sia disinteressata del linguaggio prescrittivo, giudicato irrazionale⁶⁸, e soltanto più tardi sia venuta applicando il proprio metodo anche alle proposizioni etiche. Ciò fu fatto con particolare efficacia dall'inglese Richard M. Hare in un libro che suscitò vasta eco, *The language of morals* (1952), nel quale l'etica è intesa appunto come lo studio della logica del linguaggio della morale.

Gli scritti fondamentali di logica giuridica sono degli anni tra il 1951 e il 1955: quelli di Eduardo García Máynez, di Georg Henrik von Wright, di Francisco Miró Quesada, di Oskar Bekker, di Jerzy Kalinowski, autori tutti che in seguito hanno ulteriormente sviluppato le proprie teorie. Queste, che qui sarebbe troppo lungo esporre, han-

⁶⁸ Tipico rappresentante di questa originaria posizione del positivismo logico è l'inglese Alfred J. Ayer, di cui v. *Language, truth and logic* (1936), in particolare il cap. VI.

no in comune lo scopo di stabilire una sintassi, di validità assoluta e necessaria, delle proposizioni normative; si riferiscono perciò alle *norme*, al linguaggio del legislatore. Con una semplificazione non facilmente accettabile, esse presuppongono che il fenomeno giuridico si riduca al fenomeno normativo, ed in particolare legislativo.

Senonché la vita del diritto non si esaurisce nella legislazione; e chi voglia studiarne e determinarne la logica deve considerarne anche altri aspetti, anzitutto quello del procedimento e del dibattito giudiziario. Il problema della logica di questo aveva attratto l'attenzione già dei Sofisti greci (le cui dottrine assai probabilmente nacquero in gran parte dalla meditazione di esso), ed era stato presente ad Aristotele, che verosimilmente guardò ad esso in quella parte della sua logica — trattata soprattutto nei *Topici* — a cui diede il nome di *dialettica*, e che è la logica non della dimostrazione scientifica ma dell'argomentazione, logica non dell'assolutamente vero, ma del probabile, dell'opinabile.

È questa la logica che è propria del dibattito giudiziario, in cui l'elemento fondamentale di esso, la prova, ha prevalentemente appunto il carattere della probabilità e dell'opinabilità, non della verità indiscutibile. Ed è significativo che di questo argomento si sia occupato quell'uomo expertissimo di diritto e di arte forense che fu Cicerone, dapprima nel giovanile *De inventione*, poi anche lui nei *Topici*, non per nulla indirizzati a un giurista. Nel medioevo poi — generalmente proprio con riferimento al *De inventione* ciceroniano — la logica del probabile, parte di quella fra le arti liberali che era detta *retorica*, ebbe per modello la logica giudiziaria; e nel Settecento il Vico, esperto anche lui di diritto, nel *De nostri temporis studiorum ratione* rivalutò il metodo « retorico » di contro alla logica di tipo matematico dei cartesiani, e ciò con particolare riguardo alla giurisprudenza, che è appunto *prudentia*, cioè sapienza dei casi particolari e non di generali concetti astratti. Del pari alla *prudentia* si ri-

chiamò infine, nel trattare di argomenti giuridici, il Muratori.

Ora anche ai logici moderni non è sfuggito questo aspetto della vita del diritto, la quale concretamente è costituita da casi particolari la cui prova, come appare soprattutto nel momento del processo, è data con argomentazioni di probabilità e di verosimiglianza e non con dimostrazioni di verità. Così accanto alla logica giuridica *dimostrativa* è stata studiata la logica giuridica *argomentativa*: la quale rientra in quella che, con riferimento al termine antico e medievale, è stata detta « nuova retorica », ed il cui fine non è di *dimostrare* ma di *persuadere*.

Principale esponente di questo indirizzo logico è il polacco naturalizzato belga Chaïm Perelman (n. 1912), che non per nulla ha guardato con particolare interesse ai problemi della vita giuridica: è autore, fra l'altro, di un saggio, *De la justice* (1945), in cui classifica ed esamina le varie formule della giustizia che sono state usate in tempi e luoghi diversi, per concludere poi che un sistema di giustizia del tutto razionale non è realizzabile, essendovi nei valori ultimi su cui ogni sistema di norme è fondato un ineliminabile elemento di arbitrarietà. Quest'opera è assai notevole, perché l'argomento della giustizia vi è trattato non sotto il consueto aspetto etico del modello di comportamento, ma sotto quello della sua struttura logica.

Il Perelman si è venuto sempre più interessando alla teoria del diritto⁶⁹, e ciò fa pensare che la riflessione sui problemi proposti da questo non debbano essere stati estranei all'impostazione della vasta trattazione di logica argomentativa da lui scritta in collaborazione con Lucia Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation* (1958), che è all'origine di un'ampia fiori-

⁶⁹ Si veda il vol. *Justice et raison* (1963) che raccoglie, insieme con *De la justice*, articoli vari di argomento giuridico; e inoltre *Droit, morale et philosophie* (1968).

tura di studi su questo nuovo, anche se antico, tipo di logica.

Contemporanea a quest'opera è quella, per noi particolarmente significativa, dell'inglese Stephen E. Toulmin (n. 1922), *The uses of argument* (1958), che definisce la logica « una giurisprudenza generalizzata », e sostituisce infatti nello studio della logica il modello giuridico a quello matematico. Già nel 1953 però il tedesco Theodor Viehweg aveva, in *Topik und Jurisprudenz*, richiamato l'attenzione sul carattere problematico, anziché sistematico, del lavoro del giurista, proprio prendendo spunto dalle osservazioni del Vico ricordate poc'anzi. Metodo della scienza giuridica, e non soltanto dell'attività forense, è per il Viehweg quello « topico », che guarda non alla verità, ma ai motivi di probabilità dei vari argomenti. Combattuta da alcuni, ai quali sembra che ciò tolga alla giurisprudenza ogni carattere di scientificità, la tesi del Viehweg è stata condivisa da altri, che hanno veduto lo strumento della scienza giuridica non nella *ragione*, ma nella *ragionevolezza*.

Sono di fronte, in queste due prospettive della logica giuridica, la mentalità razionalistica, matematica, tendente alla generalità ed all'astrattezza dei concetti, e quella empiristica e storicistica, tendente all'individualità ed alla concretezza. Ancora una volta ci troviamo davanti il problema se la conoscenza del diritto sia scienza del generale o dell'individuale. Che essa debba in qualche modo partecipare dell'uno e dell'altro carattere sembra essere l'opinione del tedesco Karl Engisch (n. 1899), particolarmente attento al problema del rapporto tra diritto e tempo⁷⁰, il quale riconosce che nella scienza giuridica non è possibile un sistema « assiomatico » di concetti quale ha luogo nella ma-

⁷⁰ V. soprattutto *Vom Weltbild des Juristen* (1950). Oltre all'opera più nota dell'Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (1956), v., a proposito dell'argomento qui toccato, *Die Einheit der Rechtsordnung* (1935), *Sinn und Tragweite juristischer Systematik* (1957), e *Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens* (1959).

tematica, ma ritiene che non si possa rinunciare all'idea del sistema, giacché il sistema è già implicito nell'ordinamento giuridico, e la scienza giuridica non fa che renderlo esplicito. La scienza giuridica come sistematica è insomma anch'essa nella realtà temporale del diritto, è una delle tante realizzazioni storiche dell'idea di esso.

11. *Scrittori di indirizzi e interessi diversi.*

Abbiamo passato in rapida rassegna gli scrittori di filosofia del diritto che potevano essere raggruppati (sempre con una certa dose di arbitrarietà e un largo margine di lacune) secondo determinate posizioni o correnti filosofiche, o secondo l'argomento prevalente delle loro ricerche. Pur senza volere esaurire l'enumerazione dei cultori odierni di filosofia giuridica, occorre ora far cenno di alcuni che nei detti raggruppamenti non sarebbe stato possibile fare rientrare, e di cui tuttavia si deve fare menzione.

Presso studiosi di paesi diversi, e appartenenti a indirizzi dottrinali disparati, si ritrova, ma fondata sulle più varie basi e conducente alle più varie conclusioni, la distinzione, da noi già incontrata presso il Bobbio (e che è implicita nella posizione del Kelsen, presso il cui seguace Verdross infatti appare esplicita) dei tre aspetti o piani del diritto: valore, norma, fatto. Ad essi alcuni vorrebbero, come il Bobbio, che corrispondessero tre trattazioni costituenti discipline distinte; altri, affermandone la reciproca implicazione, sostengono che la filosofia del diritto consiste proprio nella considerazione del valore, della norma e del fatto nella loro integrata unità.

Questa teoria della « tridimensionalità » è al centro della dottrina del tedesco Wilhelm Sauer (1879-1962), che la applica peraltro non soltanto al diritto ma a tutti gli oggetti della conoscenza, combinando idee attinte al Leibniz con altre derivate dalle filosofie moderne dei valori. L'elemento valutativo del diritto (la giustizia) assume concretezza nella vita sociale, che del diritto è l'elemento mate-

riale, per mezzo delle norme, che ne sono l'elemento formale⁷¹.

Una implicazione ancor più accentuata dei tre elementi del diritto appare presso il brasiliano Miguel Reale (n. 1910), il quale rimprovera astrattezza alle teorie che attribuiscono la trattazione di essi a discipline diverse, e sostiene invece che il loro studio deve essere unitario perché valore, norma e fatto si integrano nella realtà della vita giuridica. Per questa via il Reale perviene in sostanza ad una dottrina del diritto come esperienza giuridica, o, per usare le sue parole, come « realtà storico-culturale »⁷².

Affine per questo lato alla posizione del Reale è quella dello spagnolo da tempo vivente in Messico Luís Recaséns Siches (n. 1903), in quanto anche questi afferma l'implicita relazione tra valore, norma e fatto nella vita del diritto. Il Recaséns Siches unisce a motivi tradizionali del giusnaturalismo altri, attinti al « prospettivismo » del filosofo e sociologo spagnolo José Ortega y Gasset e alla filosofia dei valori dello Scheler e dello Hartmann: al di sopra degli scopi immediati del diritto, relativi al regolamento empirico dei rapporti sociali, sta lo scopo assoluto dell'attuazione della giustizia, valore *a priori* (anche se condizionato dalla struttura della società, fuori della quale non ha significato)⁷³.

Del pari all'Ortega y Gasset si ispira il messicano Eduardo García Máynez (n. 1908), che abbiamo già ricordato fra i principali studiosi di logica giuridica. Anch'egli è fra coloro che osservano come con la parola *diritto* si intendano tre cose diverse: il diritto valido formalmente, il diritto valido oggettivamente, o intrinsecamente (il diritto giusto, la giustizia), e il diritto che egli

⁷¹ Del Sauer v. *System der Rechts- und Sozialphilosophie* (1932); *Juristische Methodenlehre* (1940); *Einführung in die Rechtsphilosophie* (1954).

⁷² Rel Reale v. soprattutto *Filosofia do direito* (1953) e *O direito como experiencia* (1968).

⁷³ Del Recaséns Siches v. soprattutto *Vida humana, sociedad y derecho* (1939) e *Tratado general de filosofía del derecho* (1959).

chiama « positivo », e che è quello che generalmente si dice « efficace », il diritto che è praticato in effetti dalla società. Per il García Máynez tali tre forme del diritto sono indipendenti l'una dall'altra, ma una relazione fra esse esiste: il diritto giusto, per divenire efficace, deve assumere la forma del diritto valido formalmente, cioè della norma, che gli fornisce la forza coattiva dello Stato ⁷⁴.

A grande distanza dottrinale oltre che geografica, incontriamo ancora la distinzione fra i tre piani dello studio del diritto, compiuta però non su fondamenti filosofici e con intento prevalente di chiarezza didattica, in un'opera dell'inglese residente in Australia Julius Stone (n. 1907): sorta di enciclopedia giuridica sostanzialmente eclettica, anche se vi prevale l'influsso del pensiero del Pound, in cui sono esposte quasi tutte le dottrine giuridiche moderne, in particolare quelle anglosassoni. Uno studio completo del diritto deve, secondo lo Stone, essere costituito da tre parti: giurisprudenza analitica ossia studio del diritto sotto l'aspetto formale (la nostra « teoria generale del diritto »); giurisprudenza critica o etica, che studi i vari ideali di giustizia; e giurisprudenza sociologica o « funzionale », relativa al diritto praticato effettivamente dalla società ⁷⁵. È quest'ultima che lo Stone sviluppa più ampiamente, mentre della giurisprudenza analitica di tipo austriaco, pure affermandone la legittimità e la necessità, insiste soprattutto sui limiti. Più tardi, lo Stone ha dedicato un'ampia trattazione alle varie concezioni della giustizia e del diritto naturale, concludendola col determinare, per verità con non molta profondità filosofica, alcuni precetti « quasi-assoluti » della giustizia: *quasi* assoluti non solo perché variabili nel tempo, ma anche perché relativi alle situazioni sociali ⁷⁶.

⁷⁴ Del García Máynez v. su questo tema *La definición del derecho* (1948).

⁷⁵ La prospettiva dello Stone appare chiaramente dal titolo completo del libro: *The province and function of law as logic, justice and social control* (1946).

⁷⁶ Ciò in *Human law and human justice* (1965).

Abbiamo avuto occasione poco fa di ricordare diversi studiosi ibero-americani, o comunque viventi nell'America Latina: ivi infatti, come in Spagna, gli studi di filosofia del diritto sono ampiamente coltivati (anche il Miró Quesada, di cui facemmo cenno fra i logici, è peruviano). In Argentina troviamo un altro filosofo del diritto di rilievo notevole, Carlos Cossío (n. 1903), che alla sua dottrina, fortemente influenzata dalla fenomenologia, ha dato il nome di « teoria egologica del diritto »⁷⁷. Secondo questa, il diritto non è norma posta da una volontà; è la condotta umana stessa nel suo aspetto intersoggettivo, anteriore quindi all'opera del legislatore, il quale non crea il diritto ma soltanto agisce su esso. Tale condotta è riferita a determinati valori, e valore supremo è la libertà dell'uomo, inteso kantianamente come fine in sé.

Molti, fra gli studiosi odierni di filosofia del diritto, sono rimasti fuori della nostra rassegna, la quale del resto da storia, o tentativo di storia, è diventata in quest'ultimo capitolo mera e sommaria cronaca. Abbiamo ricordato i nomi più significanti, rappresentativi delle posizioni più largamente condivise o la cui opera ha suscitato maggior fervore di discussioni; sorvolando forzatamente sui nomi minori e sulle posizioni a cui pochi hanno aderito o che hanno suscitato limitato interesse. Anche delle dottrine di cui abbiám fatto cenno abbiamo spesso esposto soltanto alcuni aspetti, trascurandone altri meno caratteristici o riguardanti argomenti di minore importanza. Deliberatamente abbiamo taciuto degli studiosi più giovani, la cui produzione sta ancora prendendo forma o la cui personalità non si è ancora definita nei confronti di quella dei loro maestri; ed altrettanto abbiám fatto per indirizzi di pensiero e di metodo che solo recentissimamente hanno cominciato a destare l'attenzione dei filosofi del diritto,

⁷⁷ Tale appunto è il titolo dell'opera principale del Cossío: *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (1944). V. anche *Panorama de la teoría egológica del derecho* (1949), *Teoría de la verdad jurídica* (1954), e *Los valores jurídicos* (1956).

come la psicanalisi o lo strutturalismo, la cui applicazione alla filosofia giuridica non si può ancora prevedere quali frutti darà.

Nostro intento e compito non era, del resto, tanto quello di illustrare la filosofia del diritto attuale, nella discussione dei cui problemi siamo tutti troppo personalmente impegnati, quanto quella di fornire il mezzo per comprendere perché la filosofia del diritto attuale è quella che è; o, meglio, per comprendere noi stessi nell'atto in cui ci proponiamo oggi i problemi filosofici che in noi desta il diritto. Tali problemi sono infatti quelli che sono, e non altri, perché la loro storia è stata quella che è stata: così come noi siamo quelli che siamo perché dentro di noi c'è, bene o male che questo possa apparirci, la storia che, creando quelli ed altri problemi e risolvendoli come li ha risolti, ci ha fatti come noi oggi siamo.

Appendice

Notizie bibliografiche

Circa i criteri con cui è redatta questa bibliografia si veda il vol. I, pp. 311-312. Al medesimo volume (pp. 312-315) si rinvia per le notizie circa le opere riguardanti la storia della filosofia del diritto in generale. Qui segnaliamo, dopo gli studi relativi all'intero periodo considerato nel presente volume o che comunque riguardano la maggior parte di esso, i testi e gli studi critici riferentisi agli argomenti dei singoli capitoli.

Delle opere il cui titolo e la cui data sono riferiti nel testo, generalmente reperibili con facilità, non si darà notizia se non quando ne esistano edizioni o ristampe di particolare interesse, o quando esse siano state comprese in raccolte recanti altri titoli; si darà tuttavia notizia delle traduzioni italiane.

La « Rivista internazionale di filosofia del diritto » sarà indicata con l'abbreviazione RIFD, e l'« Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie » con ARSP.

Ottocento e Novecento in generale.

E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 2, Monaco-Berlino, 1910; A. Hernández-Gil, *Metodología del derecho*, Madrid, 1945; J. L. Kunz, *Latin-american philosophy of law in the twentieth century*, New York, 1950; J. Stone, *The province and function of law*, Sydney, 1946; R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961²; L. Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*,

Mexico, 1963, 2 voll.; K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966; G. Lumia, *Il diritto tra le due culture*, Milano, 1966; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gottinga, 1967².

1. Le teorie della codificazione.

TESTI. Il *Project des Corporis Juris Fridericiani* è edito a Halle, 1751; la *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les loix* di Federico II è nel vol. IX delle *Oeuvres de Frédéric le Grand* edita dall'Accademia delle scienze di Berlino; ne esiste una trad. it., Firenze, 1784. Il *Discours préliminaire* del Portalis è nel vol. I di A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Parigi, 1836, 15 voll.; ed anche in *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'État et du Tribunat*, I, Parigi, 1838.

STUDI CRITICI. E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 1, Monaco-Lipsia, 1898; *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, op. coll., Parigi, 1904, 2 voll.; J. Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Parigi, 1924²; H. Thieme, *Die preussische Kodifikation*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », Germ. Abt., 1937; F. Filomusi Guelfi, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono* (1886), ora in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1949; G. Solari, *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e diritto privato*, Torino, 1959²; W. Dilthey, *Das allgemeine Landrecht*, in *Ges. Schriften*, XII, Stoccarda-Gottinga, 1960²; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961; M. A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966; G. Astuti, *La formazione dello Stato moderno in Italia*, I, Torino, 1967²; M. A. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla*

storia della codificazione, Torino, 1967³; A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Parigi, 1969; G. Tarello, *Le ideologie della codificazione. Dal particolarismo giuridico alla codificazione napoleonica*, Genova, 1969; Id., *La « Scuola dell'esegesi » e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969.

II. Gli utilitaristi inglesi.

TESTI. Delle opere del Bentham vi è l'ediz. curata da J. Bowring, *The Works of Bentham*, Edimburgo, 1838-1843, 11 voll. rist. a New York, 1962, che tuttavia non le comprende tutte; *A comment on the commentaries* è stato edito per la prima volta da C. W. Everett, Oxford, 1928, e *The limits of jurisprudence defined* pure dall'Everett, New York, 1945; *The theory of legislation* (che è la trad. inglese dei *Traité de législation civile et pénale*) è edita da C. K. Ogden, Londra, 1950². Edizioni recenti si sono avute di *A fragment on government*, a cura di F. C. Montague, Londra, 1951³, e di W. Harrison, Oxford, 1960², in un vol. che comprende anche *An introduction to the principles of morals and legislation*; quest'ultima opera è stata edita anche da L. J. Lafleur, New York, 1948, ed è trad. in it. da P. Crespi nel vol. *Sofismi politici e altri saggi*, Milano, 1947, che contiene altresì una traduz. parziale di *Anarchical fallacies*.

Delle *Lectures on jurisprudence* dell'Austin l'ediz. definitiva è la quinta (Londra, 1885), a cura di R. Campbell, di cui vi sono due ristampe, 1895 e 1911, oltre a varie ediz. ridotte. Di *The province of jurisprudence determined* vi è un'ediz. a cura di H. L. A. Hart, Londra, 1954.

Le opere di J. S. Mill riguardanti più propriamente la filosofia pratica, cioè *Utilitarianism*, *On liberty*, e *Considerations on representative government*, di ciascuna delle quali esistono molte ediz., sono pubblicate insieme da

A. D. Lindsay nella Everyman's Library: l'ediz. più recente è Londra, 1968. Le prime due sono trad. nel vol. *La libertà e altri saggi* a cura di P. Crespi, Milano, 1946.

STUDI CRITICI. J. S. Mill, *Austin on jurisprudence*, ora in *Dissertations and discussions*, III, Londra, 1875²; E. Halévy, *La formation du radicalisme philosophique*, Parigi, 1901-1904, 3 voll.; W. J. Brown, *The Austinian theories of law*, Londra, 1906; J. Hatschek, *Bentham und die Geschlossenheit des Rechtssystem*, in « Archiv für öffentliches Recht », 1909; R. A. Eastwood, *A brief introduction to Austin's theory of positive law and sovereignty*, Londra, 1929²; F. C. J. Hearnshaw, *J. Austin and the analytical jurists*, nel vol. coll. *The social and political ideas of the age of Reaction and Reconstruction*, Londra, 1932; A. Kocourek, *The century of analytic jurisprudence since J. Austin*, nell'op. coll. *Law. A century of progress 1835-1935*, II, New York, 1937; W. Friedmann, *Bentham's « Limits of jurisprudence defined »*, in « Law Quarterly Review », 1948; *J. Bentham and the law. A symposium*, vol. coll., Londra, 1948; L. Stephen, *The english utilitarians*, Londra, 1950², 3 voll.; C. Tricerri, *Il sistema filosofico-giuridico di J. S. Mill*, Milano, 1950; H. L. A. Hart, Introduzione all'ediz. di Austin, *The province of jurisprudence determined*, Londra, 1954; E. Albec, *History of the english utilitarians*, Londra, 1957²; V. Plamenatz, *The english utilitarians*, Oxford, 1958²; A. Agnelli, *J. Austin alle origini del positivismo giuridico*, Torino, 1959; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico cit.*; M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, 1962; H. L. A. Hart, *Bentham*, Londra, 1962; M. El Shakankiri, *J. Bentham: critique des droits de l'homme*, in « Archives de philosophie du droit », 1964; H. Jacobs, *Rechtsphilosophie und politische Philosophie bei J. S. Mill*, Bonn, 1965; C. W. Everett, *J. Bentham*, Londra, 1966; M. A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione cit.*; H. Coing, *Benthams Bedeutung*

für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre, in ARSP, 1968; D. J. Manning, *The mind of J. Bentham*, Londra, 1968; M. El Shakan-kiri, *La philosophie juridique de J. Bentham*, Parigi, 1970.

III. Lo storicismo giuridico.

TESTI. I due scritti della polemica Thibaut-Savigny sono editi insieme a cura di J. Stern col titolo *Thibaut und Savigny*, Darmstadt, 1959²; del *Beruf* del Savigny vi è una ristampa fotografica, Hildesheim, 1967. La *Juristische Methodenlehre* del Savigny è edita da G. Wesenberg, Stoccarda, 1951; il *Gewohnheitsrecht* del Puchta è rist. a Darmstadt, 1965. Della *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* del Thibaut vi è una trad. it., Napoli, 1872; inservibile è quella, che rasenta la comicità, del *Beruf* del Savigny, Verona, 1857. Del *System des heutigen römischen Rechts* del Savigny trad. di V. Scialoja, Torino, 1886-1898, 8 voll.; v'è anche una trad. it. (incompleta) del *Cursus* del Puchta, di A. Turchiarulo, Napoli, 1854.

STUDI CRITICI. A. B. Schwarz, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », Röm. Abt., 1921; F. von Hippel, *G. Hugos juristischer Arbeitsplan*, Berlino, 1931; F. Eichengrün, *Die Rechtsphilosophie G. Hugos*, L'Aja, 1935; H. Weber, *G. Hugo. Vom Naturrecht zur historischen Schule*, Gottinga, 1935; G. Solari, *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940; P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, Monaco-Berlino, 1958³; W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Francoforte, 1958; F. Wieacker, *F. C. von Savigny*, ora in *Gründer und Bewahrer*, Gottinga, 1959; H. Kiefner, *A.F.J. Thibaut*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », Röm. Abt., 1960; M. Porzio, *Formalismo ed antiforma-*

lismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna, in « Bollettino della Biblioteca degli Istituti giuridici dell'Università di Napoli », 1961-1962; A. Negri, *Alle origini del formalismo giuridico*, Padova, 1962; D. Strauch, *Recht, Gesetz und Staat bei F. C. von Savigny*, Bonn, 1963²; E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tubinga, 1963⁴; G. Marini, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966; F. Wieacker, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe, 1967; G. Marini, *L'opera di G. Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969; T. Viehweg, *Einige Bemerkungen zu G. Hugos Rechtsphilosophie*, in *Festschrift für K. Engisch zum 70. Geburtstag*, Francoforte, 1969.

IV. La filosofia giuridica postkantiana.

TESTI. Di *Das natürliche Privatrecht* dello Zeiller vi è una ristampa, Aalen, 1969; trad. it., Milano, 1830³; del *Kommentar*, trad. it., Venezia, 1815. Di Anselmo Feuerbach, la *Kritik des natürlichen Rechts* è rist. a Hildesheim, 1963; l'*Anti-Hobbes* a Darmstadt, 1967.

Dello Humboldt vi è l'ediz. delle *Gesammelte Schriften* a cura di A. Leitzmann e W. Richter, Berlino, 1903-1936, 17 voll.: il *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato* è nel vol. I. Di questo vi sono tre trad. it., di cui però solo la prima completa: una anonima, Torino, 1891; una di F. Serra, compresa nell'*Antologia degli scritti politici* dello Humboldt, Bologna, 1961; ed una di G. Perticone, Milano, 1965².

Del Fichte vi è l'ediz. dei *Sämmtliche Werke* curata dal figlio, Berlino, 1845-1846, 11 voll., di cui si ha una rist. fotogr., Berlino, 1965; da essa qui si è citato. Più recente, ma non completa, è l'ediz. dei *Werke* a cura di F. Medicus, Lipsia, 1902-1912, 6 voll., la cui 2^a ediz. (1922) è stata ristampata a Amburgo, 1956; essa non comprende la *Zurückforderung der Denkfreiheit* e il *Bei-*

trag zur Berichtigung der Urteile ecc., che però sono nelle *Staatsphilosophische Schriften* a cura di H. Schulz e R. Strecker, Lipsia, 1925, nella stessa collana. Vi è infine una nuova ediz. completa curata da R. Lauth e H. Jacob, Stoccarda-Bad Cannstatt, 1964 ss. La prima *Dottrina della scienza* è trad. da A. Tilgher, Bari, 1925; la *Seconda* pure dal Tilgher, Padova, 1939; il *System der Sittenlehre* è trad. da R. Cantoni, Firenze, 1957; il *Beitrag* da L. Pareyson, col titolo *La rivendicazione della libertà di pensiero*, Torino, 1945, e da V. E. Alfieri, insieme con la *Zurückforderung*, nel vol. *Sulla rivoluzione francese. Sulla libertà di pensiero*, Bari, 1966. *Der geschlossene Handelsstaat* è trad. col titolo *Lo Stato secondo ragione*, Torino, 1949².

Dello Schelling l'ediz. fondamentale è quella dei *Sämmtliche Werke* curata dal figlio, Stoccarda-Augusta, 1856 ss., 14 voll.; qui si è citato però dai *Werke* editi da M. Schröter, Monaco, 1927-1954, 6 voll. Della *Nuova deduzione del diritto naturale* vi è una trad. it. di G. Semerari nel vol. *Lettere filosofiche sul dommatismo e criticismo*, Firenze, 1958; del *Sistema dell'idealismo trascendentale* trad. di M. Losacco, Bari, 1965³; delle *Quattordici lezioni su l'insegnamento accademico* trad. di L. Visconti, Palermo, 1914.

La *Philosophie des Rechts* dello Stahl è rist. a Hildesheim, 1963, 3 voll.; del vol. I vi è la trad. di P. Torre col titolo *Storia della filosofia del diritto*, Torino, 1853. L'*Introduzione alla filosofia* dello Herbart è trad. da G. Vidossich, Bari, 1908.

STUDI CRITICI. W. Metzger, *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des deutschen Idealismus*, Heidelberg, 1917; C. Goretti, *Il carattere formale della filosofia giuridica kantiana*, Milano, 1922; E. Swoboda, F. von Zeiller, Graz, 1931; H. Oestereich, *Freiheitsidee und Rechtsbegriff in der Philosophie von J. G. Fichte*, Jena, 1935; F. F. Conradi, *K.C.F. Krauses Rechtsphilosophie*, Lipsia,

1938; T. Schwarz, *Die Lehre vom Naturrecht bei K.C.F. Krause*, Berna, 1940; E. Opocher, *G. A. Fichte e il problema dell'individualità*, Padova, 1944; G. Solari, *G. Humboldt e il suo pensiero politico*, ora in *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino, 1949; Id., *L'idealismo sociale del Fichte*, ivi; G. Radbruch, *P.J.A. Feuerbach*, Gottinga, 1957²; A. Ravà, *Studi su Spinoza e Fichte*, Milano, 1958; G. Solari, *Filosofia del diritto privato. I. Individualismo e diritto privato* cit.; A. Negri, *Alle origini del formalismo giuridico* cit.; G. Del Vecchio, *Sullo « Stato chiuso » del Fichte*, ora in *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano, 1963; G. Vlachos, *Dialectique de la liberté et dépérissement de la contrainte chez Fichte*, in « Archives de philosophie du droit », 1963; E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker* ecc. cit.; W. Gallas, *P.J.A. Feuerbachs « Kritik des natürlichen Rechts »*, Heidelberg, 1964; F. Tessitore, *I fondamenti della filosofia politica di Humboldt*, Napoli, 1965; F. Serra, *W. von Humboldt e la rivoluzione tedesca*, Bologna, 1966; H. M. Baumgartner-W. G. Jacobs, *J. G. Fichte-Bibliographie*, Stoccarda, 1968; C. Cesa, *La filosofia politica di Schelling*, Bari, 1969.

V. Hegel.

TESTI. La più diffusa ediz. delle opere hegeliane, da cui qui si è citato, è quella detta del Giubileo (*Jubiläumsausgabe*), dal titolo *Sämtliche Werke*, curata da H. Glockner, Stoccarda, 1949-1959³, 20 voll., a cui è unito l'utilissimo *Hegel-Lexikon* del Glockner (2 voll.); in tale raccolta però non è compreso il *System der Sittlichkeit*. Vi è inoltre, sempre col titolo *Sämtliche Werke*, la « *kritische Ausgabe* » a cura di G. Lasson, continuata da J. Hoffmeister, Lipsia, 1905 ss., 26 voll.; di tale raccolta è in corso una nuova ediz. È infine in preparazione una edizione « critico-storica » a cura di F. Nicolin e O. Pöggeler.

Lo scritto giovanile sul diritto naturale e il *Sistema dell'eticità* sono trad. da A. Negri col titolo *Scritti di filosofia del diritto*, Bari, 1962; la *Propedeutica filosofica* da G. Radetti, Firenze, 1951; l'*Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio* da B. Croce, Bari, 1967⁵; i *Lineamenti di filosofia del diritto* da F. Messineo, Bari, 1965 (3^a ediz., curata da A. Plebe); le *Lezioni di filosofia della storia* da G. Calogero e C. Fatta, Firenze, 1967⁵, 4 voll.

STUDI CRITICI. A. Passerin d'Entrèves, *Il fondamento della filosofia giuridica di Hegel*, Torino, 1924; F. Battaglia, *Linee di sviluppo del pensiero filosofico-giuridico in Kant e in Hegel*, in RIFD, 1931; J. Binder, *Einführung in Hegels Rechtsphilosophie*, Berlino, 1931; A. Poggi, *La filosofia giuridica di Hegel*, in RIFD, 1935; G. Solari, *Il concetto di società civile in Hegel*, ora in *Studi storici di filosofia del diritto* cit.; A. Negri, *Stato e diritto nel giovane Hegel*, Padova, 1958; P. Piovanì, *La filosofia del diritto e la lezione di Hegel*, ora in *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, 1963; N. Bobbio, *Studi hegeliani*, ora in *Da Hobbes a Marx*, Napoli, 1965; Id., *Hegel e il giusnaturalismo*, in « Rivista di filosofia », 1966; N. M. López Calera, *La dialéctica de la sociedad civil y el derecho en Hegel*, in « Anuario de filosofía del derecho », 1967-1968; A. Villani, *La critica di Hegel al dover essere*, in RIFD, 1968; N. Bobbio, *Hegel e il diritto*, in « Rivista di filosofia », 1970.

VI. La filosofia giuridica italiana dell'età del Risorgimento.

TESTI. Il *Saggio storico* del Cuoco (con in app. le lettere a V. Russo) è edito da F. Nicolini, Bari, 1929. Le *Opere* del Romagnosi sono editate da A. De Giorgi, Milano, 1841-1848, 8 voll. di due tomi ognuno. Del Cattaneo, *Del diritto e della morale* è nel vol. II degli *Scritti filo-*

sofici a cura di N. Bobbio, Firenze, 1960. *La Filosofia del diritto* del Rosmini, di cui esistono varie edizioni e antologie, è ora nei voll. XXXV-XL dell'edizione nazionale delle opere rosminiane, a cura di R. Orecchia, Padova, 1967-1970; da essa qui si è citato.

STUDI CRITICI. A. Bartolomei, *Del significato e del valore delle dottrine di Romagnosi per il criticismo contemporaneo*, Roma, 1901; A. Groppali, *Il problema dell'ordine e del fondamento intrinseco del diritto nelle opere del Romagnosi*, in « Rivista filosofica », 1902; W. Cesarini Sforza, *La filosofia giuridica del Risorgimento*, in « Rivista d'Italia », 1916; M. Barillari, *Il principio del diritto nella filosofia di A. Rosmini*, Torino, 1924; F. Battaglia, *L'opera di V. Cuoco e la formazione dello spirito nazionale in Italia*, Firenze, 1925; Id., *La scuola del diritto naturale e V. Cuoco*, in RIFD, 1926; L. Caboara, *La filosofia del diritto di G. D. Romagnosi*, Città di Castello, 1930; A. Norsa, *Il pensiero filosofico di G. D. Romagnosi*, Milano, 1930; G. Perticone, *La concezione etico-giuridica del Romagnosi*, in « Rivista di cultura », 1930; U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano da C. Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932²; G. Perticone, *T. Mamiani tra la filosofia e il diritto*, in « Nuovi problemi di politica, storia ed economia », 1933; G. Gonella, *La filosofia del diritto secondo A. Rosmini*, Roma, 1934; R. Battino, *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie*, Parigi, 1939; N. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, in « Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto della R. Università di Roma », 1942; R. Jacquin, *Taparelli*, Parigi, 1943; F. Lopez de Oñate, Introduzione a P. S. Mancini, *Saggi sulla nazionalità*, Roma, 1944; E. Di Carlo, *La dottrina morale, giuridica e politica di P. Galluppi*, Palermo, 1947; F. Filomusi Guelfi, *Della filosofia del diritto in Italia dalla fine del secolo XVIII alla fine del secolo XIX*, ora in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1949; G.

Solari, *Il pensiero filosofico e civile di G. D. Romagnosi*, ora in *Studi di filosofia del diritto* cit.; P. Piovani, *A. Rosmini e il socialismo risorgimentale*, in *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Milano, 1951; G. Marchello, *La concezione del diritto secondo Romagnosi e la critica rosminiana*, in « Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino », 1954; Id., *La dottrina del diritto naturale nella filosofia civile di Romagnosi*, ivi, 1955; P. Piovani, *La teodicea sociale di Rosmini*, Padova, 1957; G. Solari, *Studi rosminiani*, Milano, 1957; *Atti del congresso internazionale di filosofia Antonio Rosmini*, a cura di M. F. Sciacca, Firenze, 1957, 2 voll.; G. Capograssi, *Il diritto secondo Rosmini*, ora in *Opere*, IV, Padova, 1959; M. Prélôt, *Taparelli d'Azeglio et la renaissance du droit naturel au XIX siècle*, nel vol. coll. *Le droit naturel*, Parigi, 1959; G. Ambrosetti, *Universalità ed inserzione storica della concezione del diritto in Rosmini*, in « Rivista rosminiana », 1961; G. Fassò, *Sociologia e diritto nella filosofia civile del Romagnosi*, in « Studi Parmensi », 1961; M. F. Sciacca, *Tematica del pensiero giuridico-politico di A. Rosmini*, in « Rivista rosminiana », 1962; G. Del Vecchio, *Note romagnosiane*, ora in *Contributi ecc. cit.*; Id., *G. D. Romagnosi nel primo centenario della sua morte*, ivi; P. Piovani, *Hegel nella filosofia del diritto di Rosmini*, ora in *La filosofia del diritto come scienza filosofica* cit.; *Miscellanea Taparelli*, vol. coll., Roma, 1964; F. Tessitore, *Lo storicismo di V. Cuoco*, Napoli, 1965; A. Castro, *Giustizia e carità secondo Rosmini*, in RIFD, 1966; F. Traniello, *Società religiosa e società civile in Rosmini*, Bologna, 1966; C. Bergamaschi, *Bibliografia rosminiana*, Milano, 1967, 2 voll.

VII. Le dottrine socialiste.

TESTI. Le *Oeuvres complètes* del Proudhon sono edite a Parigi, 1867-1870, 26 voll.; qui si è citato dall'ediz. più recente curata da C. Bouglé e H. Moysset, iniziata a

Parigi nel 1923. *La giustizia nella rivoluzione e nella Chiesa* è trad. da M. Albertini, Torino, 1968.

Di L. Feuerbach vi è l'ediz. dei *Sämtliche Werke* curata da lui stesso, Lipsia, 1846-1866, 10 voll.; e quella curata da W. Bolin e F. Jodl, Stoccarda, 1903-1911, 12 voll., rist. 1960-1964. Le *Tesi provvisorie per la riforma della filosofia* sono trad. nel vol. *Principi della filosofia dell'avvenire* a cura di N. Bobbio, Torino, 1946.

Delle opere del Marx e dell'Engels vi è l'ediz. critica dell'Istituto Marx-Engels di Mosca, K. Marx-F. Engels, *Historisch-kritische Gesamtausgabe* (MEGA), stampata a Berlino e Mosca; ma più recente e diffusa è quella, da cui qui si è citato, curata dall'Istituto per il marxismo-leninismo presso il Comitato centrale del Partito Socialista Unitario della Repubblica Popolare Tedesca, K. Marx-F. Engels, *Werke* (MEW), pubblicata a Berlino dal 1956, 41 voll. più uno di indici. Numerose sono le trad. it. di alcune delle opere del Marx e dell'Engels; le più recenti sono quelle, opera di traduttori diversi, degli « Editori Riuniti » di Roma. In tale serie la *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico* e i *Manoscritti economico-filosofici del 1844* del Marx sono riuniti in un solo vol. dal titolo *Opere filosofiche giovanili*.

Del Lassalle vi è l'ediz. delle *Gesammelte Reden und Schriften*, Berlino, 1919-1921, 12 voll. Del *System der erworbenen Rechte* vi è una trad. francese, *Théorie systématique des droits acquis*, Parigi, 1904, 2 voll.; *Ueber Verfassungswesen* è trad. in it. da E. Ciccotti, col titolo *Delle costituzioni*, nel vol. V, Milano, 1914, dell'ediz. dell'*Avanti!* di Marx-Engels-Lassalle, *Opere*.

Il diritto civile e il proletariato del Menger è trad. in it., Torino, 1894; così pure, ma assai infelicamente, la *Neue Staatslehre*, col titolo *Lo Stato socialista*, Torino, 1905. *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute* del Renner è stato ripubblicato con modifiche nel 1929 col titolo *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, che ha conservato nella 3^a ediz., Stoccarda, 1965, da cui

si è citato. Ne esiste un'ediz. inglese, *The institutions of private law and their social functions*, con introduz. di O. Kahn-Freund, Londra, 1949.

STUDI CRITICI. E. Di Carlo, *F. Lassalle*, Palermo, 1919; A. Beccari, *Lassalle*, Milano, 1925; F. Lombardi, *L. Feuerbach*, Firenze, 1935; E. Opocher, *Il problema della giustizia nel materialismo storico*, in *Atti del congresso internazionale di filosofia di Roma 1946*, I, Milano, 1947; M. Giuliano, *La concezione marxista del diritto*, in « Rinascita », 1948; H. Klenner, *Der Marxismus-Leninismus über das Wesen des Rechts*, Berlino, 1955²; H. Kelsen, *La teoria comunista del diritto*, trad. it., Milano, 1956; M. Rubel, *L'État et le droit dans la Deutsche Ideologie*, in ARSP, 1956; G. Capograssi, *Le glosse di Marx a Hegel*, ora in *Opere*, IV, Milano, 1959; K. Löwith, *Da Hegel a Nietzsche*, trad. it., Torino, 1959²; U. Cerro-ni, *Marx e il diritto moderno*, Roma, 1962; K. Stoyanovitch, *Marxisme et droit*, Parigi, 1964; G.D.H. Cole, *Storia del pensiero socialista*, trad. it., Bari, 1967-1968, 5 voll. in 7 tomi; *Marx et le droit moderne*, fasc. 1967 delle « Archives de philosophie du droit »; U. Cerroni, *Marxismo e diritto*, in *La libertà dei moderni*, s.l., 1968; R. Mondolfo, *Umanismo di Marx*, con introduz. di N. Bobbio, Torino, 1968; A. Agnelli, *Questione nazionale e socialismo*, Bologna, 1969 (per il Renner); A. Zanfarino, *Ordine sociale e libertà in Proudhon*, Napoli, 1969.

VIII. Gli irrazionalisti.

TESTI. Dello Schopenhauer sono editi *Sämtliche Werke* da P. Deussen, Monaco, 1911-1942, 16 voll., qui citati, e da A. Hübscher, Wiesbaden, 1948-1950, 7 voll., rist. 1966. Del *Mondo come volontà e rappresentazione* trad. a cura di G. Riconda, Milano, 1969.

Del Kierkegaard l'ediz. completa danese è *Samlede Vaerker*, Copenaghen, 1901-1906, 14 voll.; ma essendone

il testo inaccessibile ai piú, si usa riferirsi alle trad. tedesche, di cui la piú recente è *Gesammelte Werke*, ed. a Düsseldorf e Colonia dalla casa Diederich, 1956-1969, 25 voll. più uno di indici, in cui è riportata in margine la numerazione delle pagine dell'ediz. danese; a tale traduz. tedesca ci si è qui riferiti.

Aut-aut è trad. in it. da K. Montanari Gulbrandsen e R. Cantoni, Milano, 1964⁵; *Scuola di cristianesimo* da A. Miggiano e K. Montanari Gulbrandsen, Milano, 1950.

Dell'*Unico* dello Stirner vi sono varie trad. it.; la piú recente è di P. Turco Liveri, Roma, 1970; trad. parziale anche nel vol. *La Sinistra hegeliana*, Bari, 1960. Le opere del Bakunin sono in corso di pubblicaz. nelle *Archives Bakounine* di Amsterdam per iniziativa di A. Lehning; trad. it. di *Scritti editi ed inediti*, Bergamo, 1960-1963, 3 voll.

Del Nietzsche vi è l'ediz. dei *Gesammelte Werke* detta *Musarionausgabe*, Monaco, 1922-1929, 23 voll., l'ediz. « storico-critica » dei *Werke und Briefe*, Monaco, 1934-1942, 9 voll., e quella dei *Sämtliche Werke*, Stoccarda, 1964-1965, 12 voll.; è in corso di pubblicazione l'ediz. critica dei *Werke* a cura di G. Colli e M. Montinari, Berlino, 1967 ss. A cura degli stessi Colli e Montinari è in corso di ediz. la trad. it. delle *Opere*, prevista in 8 voll. di cui alcuni in piú tomi, Milano, 1964 ss.

Del Lamennais sono state ristampate a Francoforte, 1967 le *Oeuvres complètes* editate a Parigi, 1836-1837, 12 voll. Le *Parole di un credente* sono trad. negli *Scritti politici* curati da A. Novacco, Torino, 1964. A Parigi, 1910, prima del testo russo, è apparsa in francese *La loi de l'amour et la loi de la violence* del Tolstoj.

STUDI CRITICI. L. Ratto, *La filosofia giuridica di Nietzsche*, in « Il Filangieri », 1904; A. Tilgher, *La filosofia del diritto di Schopenhauer*, in « La rassegna nazionale », 1908; B. Sapir, *Dostojewsky und Tolstoj über Probleme des Rechts*, Tubinga, 1932; K. Kassler, *Nietzsche und das Recht*, Monaco, 1941; W. A. Hauck, *R. Sohm und*

L. Tolstoj. *Rechtsordnung und Gottesreich*, Heidelberg, 1950; F. Sartorelli, *Il pessimismo di A. Schopenhauer, con particolare riferimento alla dottrina del diritto e dello Stato*, Milano, 1951; *Kierkegaard e Nietzsche*, vol. coll., Roma-Milano, 1953; H. Arvon, *Aux sources de l'existentialisme: M. Stirner*, Parigi, 1954; A. Quintano Ripollés, *Ideas jurídicas de Nietzsche*, in «Anuario de filosofía del derecho», 1957; K. Brinkmann, *Die Rechts- und Staatslehre Schopenhauers*, Bonn, 1958; G. Migliorini, *Diritto e società in Kierkegaard e Dostoievskij*, in RIFD, 1961; C. Boasson, *On the social and legal philosopher's encounter with Nietzsche*, in ARSP, 1963; R. Neidert, *Die Rechtsphilosophie Schopenhauers und ihr Schweigen zum Widerstandsrecht*, Tubinga, 1966; F. Puy, *El derecho y el Estado en Nietzsche*, Madrid, 1966; G. Woodcock, *L'anarchia. Storia delle idee e dei movimenti libertari*, trad. it., Milano, 1966; P. R. Glauser, *A. Schopenhauers Rechtslehre*, Zurigo, 1967; M. Silvestri, *Filosofia e politica nell'opera di Stirner*, in RIFD, 1967; A. De Amicis, *Il pensiero giuridico e politico di M. Stirner (J. K. Schmidt)*, Roma, 1969; G. Zadei, *Il pensiero socio-politico di Lamennais*, Napoli, 1969.

IX. Il positivismo.

TESTI. Del *Trattato di legislazione* di Carlo Comte vi è una trad. di M. Malagoli Vecchi, Firenze, 1836-1840, 4 voll. Il *Corso di filosofia positiva* di Augusto Comte è trad. da F. Ferrarotti, Torino, 1967, 2 voll.; la *Giurisprudenza etnologica* del Post da P. Bonfante e C. Longo, Milano, 1906-1908, 2 voll.; la *Wertlosigkeit* del Kirchmann (di cui vi sono varie ristampe, la più recente delle quali Darmstadt, 1966) da P. Frezza, con introduz. di G. Perticone, col titolo *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964².

Le *Opere* dello Spencer sono trad. da G. Salvadori, Torino, 1903-1909, 10 voll.; *L'individuo e lo Stato* da

S. Fortini Santarelli, Città di Castello; 1886, e così pure *La giustizia*, ivi, 1893; i *Principi di sociologia* da F. Ferrarotti, Torino, 1967, 2 voll. L'opera di Emerico Amari è stata riedita, con introd. di V. Frosini, a Palermo, 1969, 2 voll.

STUDI CRITICI. G. Salvadori, *L'idea del diritto e della giustizia nella filosofia dell'evoluzione*, in « Rivista italiana di sociologia », 1904; B. Brugi, *Il fattore psicologico del diritto naturale secondo l'Ardigò*, in « Rivista di filosofia e scienze affini », 1905; Id., *R. Ardigò nella filosofia del diritto*, in « Archivio giuridico », 1908; A. Tilgher, *La giustizia di H. Spencer*, in « Rivista di scienze e lettere », 1908; G. Dallari, *Il nuovo contrattualismo nella filosofia sociale e giuridica*, Milano, 1911; U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano ecc. cit.*; A. Poggi, *Il concetto del diritto e dello Stato nella filosofia giuridica italiana contemporanea*, Padova, 1933; R. Battino, *Les doctrines juridiques contemporaines en Italie cit.*; B. Leoni, *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di J. H. von Kirchmann*, in RIFD, 1940-1941; N. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia ecc. cit.*; G. Solari, *Positivismo giuridico e politico di A. Comte*, ora in *Studi storici di filosofia del diritto cit.*; G. Perticone, *Il diritto e lo Stato nel pensiero italiano contemporaneo*, Padova, 1950; Al. Levi, *Il diritto naturale nella filosofia di R. Ardigò*, ora in *Scritti minori di filosofia del diritto*, I, Padova, 1957; Id., *Diritto e società nel pensiero di R. Ardigò*, ivi; Id., *Sur le droit naturel dans la philosophie de Spencer*, ivi; J. E. G. de Montmorency, *Sir H. Maine and the historical jurists*, nel vol. coll. *Social und political ideas of the Victorian age*, Londra, 1967².

X. Il positivismo giuridico formalistico.

TESTI. *Unsere Aufgabe* del Jhering è ristampato in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dog-*

matik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, I, Jena, 1881. Del *Lehrbuch des Pandektenrechts* del Windscheid vi è una ristampa, Aalen, 1963; trad. e note di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1930², 4 voll.

Di *Rechtsnorm und subjektives Recht* del Thon, rist., Aalen, 1964; trad. di Al. Levi, Padova, 1951². Del *System der subjektiven öffentlichen Rechte* del Jellinek, rist., Aalen, 1964; trad. di G. Vitagliano, Milano, 1912. Ristampe anche di Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Aalen, 1961, e *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Aalen, 1965.

STUDI CRITICI. Oltre alla maggior parte delle opere riguardanti tutto il secolo XIX di cui si è già data notizia, si riferiscono all'argomento di questo capitolo quasi tutte le trattazioni di teoria generale del diritto e molte opere di scienza giuridica. Inoltre: I. Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Pisa, 1895; Al. Levi, *L'opera scientifica di A. Thon*, premessa alla trad. di *Norma giuridica e diritto soggettivo* cit.; W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* cit.; F. Wieacker, *Gründer und Bewahrer* cit.; M. Porzio, *Formalismo ed antiformalismo* ecc. cit.; P. Piovanì, *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in RIFD, 1963; E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker* ecc. cit.; G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Torino, 1965.

Le opere riguardanti il Jhering sono indicate con riferimento al cap. XI.

XI. Teorie giuridiche antiformalistiche.

TESTI. *Der Zweck im Recht* del Jhering è trad. in francese, col titolo *L'évolution du droit*, Parigi, 1901, e in inglese nel vol. V della « Modern legal philosophies series », New York, 1968²; *Serio e faceto nella giurisprudenza* è trad. in it. da G. Lavaggi, Firenze, 1954, e *La*

lotta per il diritto da R. Martano, Bari, 1960 (3^a ediz., con introduz. di P. Piovani). Dello Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, e *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* sono ripubblicati in unico vol. a cura di R. Dubischar, Berlino-Zurigo, 1968.

Tutte le principali opere del Kantorowicz, tranne *The definition of law* ma comprese quelle apparse in inglese su riviste americane, qui tradotte in tedesco, sono raccolte nel vol. *Rechtswissenschaft und Soziologie* a cura di T. Würtenberger, Karlsruhe, 1962; *La lotta per la scienza del diritto* è trad. da R. Majetti, Milano, 1908; *La definizione del diritto* da E. di Robilant, con introd. di N. Bobbio, Torino, 1962.

Dell'Ehrlich molte ristampe: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlino, 1967; *Die juristische Logik*, Aalen, 1966; *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft e Soziologie und Jurisprudenz*, in unico vol., Aalen, 1969; la *Freie Rechtsfindung* è compresa, con altri scritti, anche nel vol. *Recht und Leben*, Berlino, 1967.

Del Gierke, oltre l'*Althusius* (Aalen, 1968), sono rist., in unico vol., tre scritti tra cui *Naturrecht und deutsches Recht*, Aalen, 1969.

Del Duguit è trad., a cura di L. Bagolini, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Firenze, 1950. Dell'Hauriou è trad. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Milano, 1967.

STUDI CRITICI. W. Cesarini Sforza, *Il modernismo giuridico*, in « Il Filangieri », 1912; Id., *Su gli aspetti filosofici della teoria del libero-diritto*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 1913; F. Gény, *Épilogue*, aggiunto alla 2^a ediz. di *Méthode et sources en droit privé positif*, Parigi, 1919; A. Pagano, *La dottrina del Duguit sulla volontà giuridica*, in RIFD, 1923; H. Lange, *Die Wandlungen Jherings in seiner Auffassung vom Recht*,

Berlino, 1927; J. Bonnetcase, *Science du droit et roman-tisme*, Parigi, 1928; F. Battaglia, *La crisi del diritto na-turale*, Venezia, 1929; Id., *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, in RIFD, 1929; R. Bonnard, *L. Duguit, ses oeuvres, sa doctrine*, in « Revue de droit public », 1929; A. Fragueiro, *Il fondamento so-ciologico del diritto nel pensiero di L. Duguit*, in RIFD, 1929; F. Géný, *La notion de droit en France*, in « Archi-ves de philosophie du droit », 1931; G. Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Parigi, 1931; A. Desqueyrat, *L'institution, le droit objectif et la technique positive*, Parigi, 1933; C. Goretti, *Il liberalismo giuridico di M. Hauriou*, Milano, 1933; V. E. Orlando, *L. Duguit*, ora in *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940; F. Wieacker, *Jhering, eine Erinnerung zum 50. Todestage*, Lipsia, 1942; C. Cossío, *Jurisprudencia conceptual y jurispru-dencia de los intereses*, in « Revista general de legislación y jurisprudencia », 1943; D. Pasini, *Saggio sul Jhering*, Mi-lano, 1959; E. Paresce, *Nota su Jhering*, in RIFD, 1960; D. Pasini, *Jhering e il suo tempo*, in « Jus », 1961; J. Stone, *Two theories of « The institution »*, nel vol. coll. *Essays in jurisprudence in honor of R. Pound*, Indianapo-lis, 1962; M. Villey, *F. Géný et la renaissance du droit naturel*, in « Archives de philosophie du droit », 1963; E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker* ecc. cit.; *Le centenaire de F. Géný*, vol. coll., Parigi, 1963; J. Edelmann, *Die Ent-wicklung der Interessenjurisprudenz*, Berlino-Zurigo, 1967; G. Gurvitch, *Sociologia del diritto*, trad. it., Milano, 1967²; L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; M. Rehbinder, *Die Begründung der Rechtssoziolo-gie durch E. Ehrlich*, Berlino, 1967; L. Bagolini, *Il me-todo di L. Duguit*, ora in *Visioni della giustizia e senso comune*, Bologna, 1968; *Institution und Recht*, vol. coll. a cura di R. Schnur, Darmstadt, 1968; A. S. Foulkes, *On the German free law school*, in ARSP, 1969; *Jherings Erbe*, vol. coll. a cura di F. Wieacker e C. Wollschläger, Gottinga, 1970.

XII. *Il diritto nella filosofia del primo Novecento.*

TESTI. L'*Einleitung in die Geisteswissenschaften* del Dilthey è nel I vol. delle *Gesammelte Schriften*, Lipsia-Berlino, 1957³; trad. di O. Bianca, Torino, 1949. *Die Lehre von dem richtigen Rechte* dello Stammler è trad. in inglese nel vol. VIII della « Modern legal philosophies series », New York, 1969².

Il *System der Rechtsphilosophie* del Lasson è rist. a Aalen, 1967; così pure *Philosophie des Rechts* e *Rechtsbegriffe und Rechtsidee* del Binder; di quest'ultimo *La fondazione della filosofia del diritto* è trad. da A. Giolitti, Torino, 1945. Del Kohler, il *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* è trad. in inglese nel vol. XII della « Modern legal philosophies series », New York, 1969²; in italiano sono tradotti alcuni scritti minori, col titolo *Moderni problemi del diritto*, Bari, 1909.

Del Filomusi Guelfi sono stati riediti a cura di G. Del Vecchio *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1949; e del Petrone, sempre a cura di G. Del Vecchio, le lezioni degli anni 1897-1900 con l'aggiunta di altri scritti già editi, sotto il titolo *Filosofia del diritto*, Milano, 1950. Gli *Scritti minori di filosofia del diritto* di Alessandro Levi sono riuniti in due voll., con introd. di N. Bobbio, Padova, 1957.

Del Del Vecchio, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, *Il concetto del diritto*, e *Il concetto della natura e il principio del diritto* sono stati ristampati in unico vol. col titolo *Presupposti, concetto e principio del diritto*, Milano, 1959. Molti scritti dello stesso autore sono oggi riuniti nei due voll. di *Studi sul diritto*, Milano, 1958, nei tre voll. di *Parerga*, Milano, 1961-1966, in *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano, 1963, e in *Nuova silloge di temi giuridici e filosofici*, Torino, 1967.

Del Ravà, *Il diritto come norma tecnica* e *Lo Stato come organismo etico* sono riuniti in unico vol. col titolo

Diritto e Stato nella morale idealistica, Padova, 1950; *Scritti minori di filosofia del diritto* sono editi a cura di W. Cesarini Sforza, Milano, 1958.

Nella 2^a ediz. della *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* del Croce (Napoli, 1926) sono aggiunti in app. la discussione delle obiezioni ed altri schiarimenti. *I fondamenti della filosofia del diritto* del Gentile costituiscono ora il vol. IV delle *Opere*, Firenze, 1961; *Genesi e struttura della società* il IX, Firenze, 1945.

Del *Corso di diritto naturale* dell'Ahrens vi sono due vecchie trad., Colle Val d'Elsa, 1842, e Napoli, 1885; ed una del *Diritto naturale sulla base dell'etica* del Trendelenburg, Napoli, 1873. La *Filosofia morale* del Cathrein è trad. da E. Tommasi, Firenze, 1913-1920, 2 voll.

STUDI CRITICI. E. Di Carlo, *L'opera filosofico-giuridica di I. Petrone*, in *Saggi critici di filosofia del diritto*, I, Palermo, 1913; *L'omaggio della dottrina e della cultura italiana alla memoria di I. Petrone*, vol. coll., Campobasso, 1917; M. Ascoli, *Intorno alla concezione del diritto nel sistema di B. Croce*, Roma, 1925; A. Banfi, *Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e la teoria neo-kantiana*, in RIFD, 1926; A. Volpicelli, *La teoria del diritto di B. Croce*, in « Nuovi studi di diritto, economia e politica », 1928; A. Poggi, *Sulla teoria giuridica di B. Croce*, in « Archivio di storia della filosofia », 1932; G. Solari, *L'indirizzo neo-kantiano nella filosofia del diritto*, in « Rivista di filosofia », 1932; A. Poggi, *Il concetto del diritto e dello Stato* ecc. cit.; N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, 1934; R. Treves, *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neo-kantismo contemporaneo*, Torino, 1934; M. F. Sciacca, *L'idealismo critico di I. Petrone*, in « Logos », 1937; G.M. Ferrari, *Intorno all'opera di I. Petrone*, Bologna, 1938; B. Leoni, *Il problema della scienza giuridica* cit.; R. Battino, *Les doctri-*

nes juridiques contemporaines en Italie cit.; L. Perego, *Orientamenti intuizionistici in filosofia del diritto*, in « Archivio giuridico », 1941; N. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia* ecc. cit.; V. Palazzolo, *La filosofia del diritto di J. Binder*, Milano, 1947; G. Maggiore, *Il problema del diritto nel pensiero di G. Gentile*, in « Giornale critico della filosofia italiana », 1947; R. Orecchia, *Bibliografia di G. Del Vecchio*, Bologna, 1949²; L. Bagolini, *Considerazioni intorno al concetto di legge nel pensiero di B. Croce*, in « Studi Senesi », 1950; F. Battaglia, *Filosofia del diritto ed economia*, nell'op. coll. *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana 1896-1946*, II, Napoli, 1950; G. Perticone, *Il diritto e lo Stato nel pensiero italiano contemporaneo* cit.; G. Solari, B. Donati, in « Atti dell'Accademia delle scienze di Torino », 1949-1950; Id., *Diritto astratto e diritto concreto*, nell'op. coll. *Giovanni Gentile, la vita e il pensiero*, II, Firenze, 1950; Id., *Il pensiero speculativo di B. Donati*, Modena, 1951; P. Piovan, *L'attuale filosofia del diritto in Italia*, in *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Milano, 1951; E. Vidal, *La filosofia giuridica di G. Del Vecchio*, Milano, 1951; N. Bobbio, G. Solari, in « Rivista di filosofia », 1952; Id., *La filosofia civile di G. Solari*, in « Atti dell'Accademia delle scienze di Torino », 1952-1953; G. Calogero, *Croce e la scienza giuridica*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », 1952-1953; G. Fassò, *Il pensiero e l'opera di Al. Levi*, in « Studi Parmensi », 1954; U. Scarpelli, *La filosofia del diritto di G. Gentile e le critiche di G. Solari*, nel vol. coll. *Studi in memoria di G. Solari*, Torino, 1954; N. Bobbio, *Teoria generale del diritto e teoria del rapporto giuridico*, in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955 (per il Levi); H. Messerschmidt, *Studie über G. Del Vecchio*, in ARSP, 1956; L. Mossini, *L'evoluzione della concezione del diritto nel pensiero del Croce*, in « Studi Parmensi », 1956; W. Cesarini Sforza, *Solari, Capograssi e Ravà*, in RIFD, 1958; N. Bobbio, *Alessandro Levi*, premesso a Levi,

Scritti minori di filosofia del diritto, I, Padova, 1957; L. Mossini, *La categoria dell'utilità nel pensiero di B. Croce*, Milano, 1959; N. Bobbio, *Diritto e morale nell'opera di G. Del Vecchio*, nel vol. coll. *Scritti vari di filosofia del diritto raccolti per l'inaugurazione della Biblioteca Giorgio Del Vecchio*, Milano, 1961; B. Croce, *Il libro del prof. Stammler*, in *Materialismo storico ed economia marxistica*, Bari, 1961¹⁰; P. Piovani, *L'enciclopedia giuridica di Filomusi Guelfi*, ora in *La filosofia del diritto come scienza filosofica* cit.; Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Aalen, 1964²; J. Siegers, *Das Recht bei E. Lask: Untersuchungen zur Rechtstheorie des Neukantismus*, Bonn, 1964; J. L. Gardiès, *La philosophie du droit d'A. Reinach*, in « Archives de philosophie du droit », 1965; L. Vela, *El derecho natural en G. Del Vecchio*, Roma, 1965; G. Ambrosetti, *Rievocazione di B. Donati*, Modena, 1966; E. Garin, *Cronache di filosofia italiana 1900-1943*, Bari, 1966³ (in app. *Quindici anni dopo 1945-1960*); H. Sass, *Recht und Staat bei V. Cathrein*, Colonia, 1966; G. A. Roggerone, *Il concetto di diritto nell'ultimo Croce*, in RIFD, 1967; G. Calabrò, *Dilthey e il diritto naturale*, Napoli, 1968; J. C. H. Wu, *Stammler and his critics*, app. II al vol. VIII di « Modern legal philosophies series », New York, 1969².

XIII. Le dottrine nordamericane.

TESTI. Del Pound, *Introduzione alla filosofia del diritto* è trad. da G. Tarello, con introd. di W. Cesarini Sforza, Firenze, 1963; *Interpretations of legal history* è trad. da P. Gori e riunito con *Justice according to law* e con *A survey of social interests* tradotti da G. P. Biasin, col titolo *Giustizia diritto interesse*, Bologna, 1962. Del Cardozo, *The nature of judicial process*, *The growth of the law* e *The paradoxes of legal science* sono tradotti e riuniti sotto il titolo *Il giudice e il diritto*, Firenze, 1961.

STUDI CRITICI. W. Cesarini Sforza, *La filosofia del diritto in America*, in « Rivista italiana di sociologia », 1916; M. Siotto Pintor, *Diritto naturale, diritto libero e diritto legislativo nel pensiero d'un giurista-filosofo americano*, in RIFD, 1923 (per il Pound); G. Radbruch, *La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent*, in « Archives de philosophie du droit », 1936; *My philosophy of law: credos of sixteen American scholars*, vol. coll., Boston, 1941; E. W. Patterson, *Pound's theory of social interests*, nel vol. coll. *Interpretations of modern legal philosophies, essays in honor of R. Pound*, New York, 1947; R. Pound, *The formative era of American law*, New York, 1950; N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in RIFD, 1951 (per il Frank); S. Cotta, *Le basi storicistiche della concezione del diritto di R. Pound*, in RIFD, 1952; Id., *Filosofia e scienza del diritto a proposito del pensiero di O. W. Holmes*, in RIFD, 1953; V. Frosini, *Pragmatismo e giusnaturalismo nel pensiero di R. Pound*, in RIFD, 1953; G. Bognetti, *Intorno al concetto di giustizia nel neorealismo giuridico americano*, in RIFD, 1954; M. White, *La rivolta contro il formalismo*, trad. it., Bologna, 1956; G. Bognetti, *Il pensiero filosofico giuridico nord americano del XX secolo. I fondatori: Holmes; Pound; Cardozo*, Milano, 1958; A. Giuliani, *Dal positivismo « benthamiano » al realismo giuridico*, nel vol. coll. *Il pensiero americano contemporaneo*, Milano, 1958; G. Bognetti, *Stato e diritto nel pensiero di Dewey*, in « Rivista di filosofia », 1960; G. Tarello, *Norma e giuridificazione nella logica di Dewey*, in RIFD, 1960; Id., *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; W. E. Rumble, *Legal realism, sociological jurisprudence and Mr. Justice Holmes*, in « Journal of the history of the ideas », 1965; N. Reich, *Sociological Jurisprudence und Realism im Rechtsdenken Amerikas*, Heidelberg, 1967; W. E. Rumble, *American legal realism*, Ithaca, 1968.

XIV. Aspetti filosofici della scienza giuridica del Novecento.

TESTI. Di tutte le opere del Kelsen e delle loro trad. it. v. l'elenco alle pp. LXII-XC della trad. it. della *Dottrina pura del diritto* curata da M. G. Losano, Torino, 1966. Dei *Hauptprobleme* vi è una rist., Aalen, 1966; così pure della trad. it. della *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1967. Col titolo *Lineamenti di dottrina pura del diritto* è stata riedita (Torino, 1967) la trad. di R. Treves della *Reine Rechtslehre* nell'ediz. 1934, precedentemente recante il titolo *La dottrina pura del diritto* (Torino, 1952), che ora, come si è detto, è portato dalla trad. Losano dell'ediz. 1960.

Del Gurvitch sono trad. in it., oltre ad opere di sociologia, *La dichiarazione dei diritti sociali*, con introd. di N. Bobbio, Milano, 1949, e *Sociologia del diritto*, con introd. di R. Treves, Milano, 1967².

Alcuni scritti dello Hägerström in svedese e in tedesco sono trad. in inglese col titolo *Inquiries into the nature of law*, con introd. di K. Olivecrona, Stoccolma, 1953; altri, tra cui l'« autopresentazione », in *Philosophy and religion*, a cura di R. T. Sandin, Londra, 1964. Dell'Olivecrona sono trad. in it., oltre l'articolo *L'imperativo della legge* (in « Jus », 1954), *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castignone, Milano, 1967, e, a cura di E. Pattaro, *Struttura dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1971, totale rielaborazione di *Law as fact* (titolo che resta all'ediz. inglese, mentre quella svedese, Lund, 1966, è ora intitolata *Rättsordningen*). Del Ross è trad. in it. *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino, 1965.

Dello Hart sono trad. vari scritti (tra cui *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*) col titolo *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, 1964; *Il concetto del diritto*, a cura di M. A. Cattaneo, Torino, 1965; *Diritto, morale e libertà*, a cura di G. Gavazzi, Acireale, 1968.

STUDI CRITICI. A. Volpicelli, S. Romano, in « Nuovi studi di diritto, economia e politica », 1929; G. Aillet, *Le droit social*, in « Revue de métaphysique et de morale », 1933 (per il Gurvitch); A. Desqueyrat, *L'institution, le droit objectif* ecc. cit.; R. Treves, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Kelsen*, in « Atti della R. Accademia delle scienze di Torino », 1933-1934; N. Bobbio, *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)*, in RIFD, 1936; H. Sinzheimer, *Eine Theorie des sozialen Rechts*, in « Zeitschrift für öffentliches Recht », 1936 (per il Gurvitch); E. Cassirer, A. Hägerström, in « Göteborgs högskolas arskrift », 1939, I (in tedesco); Id., *Was ist Subjektivismus?*, in « Theoria », 1939 (per lo Hägerström); V. Palazzolo, *La teoria del diritto di G. Gurvitch*, in « Archivio della cultura italiana », 1940; A. S. de Bustamante y Montoro, *Kelsenism*, nel vol. coll. *Interpretations of modern legal philosophies* cit.; L. Bagolini, *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo*, in RIFD, 1950; H. Ofstad, *The descriptive definition of the concept of « legal norm » proposed by H. Kelsen*, in « Theoria », 1950; R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di H. Kelsen*, in RIFD, 1952; U. Scarpelli, *Società e natura nel pensiero di H. Kelsen*, in RIFD, 1954; N. Bobbio, *La teoria pura del diritto ed i suoi critici*, in *Studi sulla teoria generale del diritto* cit.; L. B. Orfield, *A survey of Scandinavian legal philosophy*, in « Wisconsin Law Review », 1956; G. Capograssi, *Note sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, ora in *Opere*, IV, Milano, 1959; Id., *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Opere*, V, Milano, 1959; Id., *L'ultimo libro di S. Romano*, ivi; H. L. A. Hart, *Scandinavian realism*, in « Cambridge Law Journal », 1959; K. Olivecrona, *The legal theories of A. Hägerström and V. Lundstedt*, in « Scandinavian studies in law », 1959; J. Passmore, *Hägerström's philosophy of law*, in « Philosophy », 1961; C. J. Arnholm, *Olivecrona on legal rights*, in « Scandinavian studies in law », 1962; A. R. Black-

shield, *Hart's concept of law*, in ARSP, 1962; R. T. Sandin, *The founding of the Uppsala school*, in « Journal of the history of the ideas », 1962; J. Stone, *Two theories of « The institution »* cit.; *Festschrift tillägnad K. Olivecrona*, vol. coll. a cura di L. Norbeck, Stoccolma, 1964 (contiene tutta la bibliogr. sull'Olivecrona dal 1925 al 1964); M. A. Cattaneo, *Il diritto naturale nel pensiero di H. L. A. Hart*, in RIFD, 1965; G. Gavazzi, *Sul concetto di moralità critica*, in « Rivista di filosofia », 1965 (per lo Hart); A. Vonlanthen, *Zu H. Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm*, Berlino, 1965; N. Bobbio, *Diritto e forza*, in « Rivista di diritto civile », 1966 (per l'Olivecrona e il Ross); S. Castignone, *A. Hägerström e la nozione di « dovere »*, in « Annali della Facoltà di giurisprudenza della Università di Genova », 1966; M. G. Losano, *Saggio introduttivo alla trad. it. dell'ediz. 1960 di H. Kelsen, La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966; B. Mantilla Pineda, *Essere e dover essere in H. Kelsen*, in RIFD, 1966; E. Pattaro, *Validità o verificabilità del diritto?*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1966 (per il Ross); L. Gianformaggio, *Morale critica e riforma della morale*, in RIFD, 1967 (per lo Hart); L. Bagolini, *Giudizi di valore e neopositivismo*, ora in *Visioni della giustizia e senso comune* cit.; M. G. Losano, *Il problema dell'interpretazione in H. Kelsen*, in RIFD, 1968; E. Pattaro, *Riflessioni su Olivecrona*, in « Riv. trim. di diritto e procedura civile », 1968; *Institution und Recht*, vol. coll. cit.; R. A. Métall, *H. Kelsen, Leben und Werk*, Vienna, 1969; G. Kalinowski, *Note critique sur la logique déontique d'A. Ross*, in ARSP, 1969.

Sul Petrazzky, del quale si è fatto cenno nel cap. XV a causa del suo influsso sulla filosofia del diritto russa: G. Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social* cit.; Id., *Une philosophie intuitionniste du droit: L. Petrasizky*, in « Archives de philosophie du droit », 1931; N. S. Timasheff, *Petrzhitsky's philosophy of law*; G. Langrod, *L'oeuvre juridique et philosophique de L. Pe-*

trazycki, in « Revue de l'Institut de sociologie Solvay à Bruxelles », 1957; K. B. Baum, *L. Petrazycki und seine Schüler*, Berlino, 1967. Del Petrazycki esiste in lingua inglese *Law and morality*, Cambridge Mass., 1955.

XVI. Le teorie giuridiche dei regimi totalitari.

TESTI. *Stato e rivoluzione* del Lenin è trad. nel vol. XXV delle *Opere complete* pubblicate dagli « Editori Riuniti », Roma, 1967. Scritti di Lenin, Stučka, Rejsner, Pašukanis, Vyšinskij, Golunskij, Strogovič e altri sono trad. in inglese nel vol. *Soviet legal philosophy*, Cambridge Mass., 1951; e scritti (diversi dai precedenti) di Stučka, Pašukanis, Vyšinskij e Strogovič sono trad. in it. a cura di U. Cerroni nel vol. *Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964. Pure a cura del Cerroni è tradotto, dello Stučka, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato e altri scritti*, Torino, 1967.

Gli *Scritti e discorsi politici* di Alfredo Rocco sono editi a Milano, 1938, 3 voll. Di Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen* e *Staat, Bewegung, Volk* sono trad. in *Principi politici del nazionalsocialismo* a cura di D. Cantimori, Firenze, 1935.

STUDI CRITICI. D. Cantimori, *La politica di C. Schmitt*, in « Studi germanici », 1935; U. Fiala, *Il concetto della politica di C. Schmitt e il problema della decisione*, in « Nuovi studi di diritto, economia e politica », 1935; F. Battaglia, *Stato, politica e diritto secondo C. Schmitt*, in RIFD, 1936; J. Stone, *Theories of law and justice of fascist Italy*, in « Modern Law Review », 1937; C. Lavagna, *La dottrina nazional-socialista del diritto e dello Stato*, Milano, 1938; R. Bonnard, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, Parigi, 1939²; J. W. Jones, *The nazi conception of law*, Oxford, 1939; F. Pierandrei, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940; A. H. Campbell, *Fascism and*

legality, in « Law Quarterly Review », 1946; F. von Hippel, *Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre*, Tubinga, 1947; M. Giuliano, *La concezione marxista del diritto* cit.; R. Schlesinger, *La teoria del diritto nell'Unione Sovietica*, trad. it., Torino, 1952; B. Tchechko, *La concezione dei diritti dell'uomo nell'U.R.S.S. secondo i testi ufficiali*, nel vol. coll. *Dei diritti dell'uomo*, trad. it., Milano, 1952; F. von Hippel, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tubinga, 1955; H. Klenner, *Der Marxismus-Leninismus über des Wesen des Rechts* cit.; H. Kelsen, *La teoria comunista del diritto* cit.; H. Chambre, *Il marxismo nell'Unione Sovietica*, trad. it., Bologna, 1957; P. Schneider, *Ausnahmerezustand und Norm*, Stoccarda, 1957 (per C. Schmitt); H. Schorn, *Der Richter im Dritten Reich*, Francoforte, 1959; A. Tozzi, *Appunti intorno alla dottrina comunista del diritto e dello Stato*: M. A. Reisner, nel vol. coll. *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, III, Padova, 1960; Id., *Appunti intorno alla teoria comunista del diritto e dello Stato: la reazione al formalismo giuridico in un articolo di P. Yudin*, nel vol. coll. *Studi in memoria di G. B. Funaioli*, Milano, 1962; G. L. Kline, « Socialist legality » and communist ethics, in « Natural Law Forum », 1963; H. Schorn, *Die Gesetzgebung des Nationalsozialismus als Mittel der Machtpolitik*, Francoforte, 1963; P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963; H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie C. Schmitts*, Neuwied-Berlino, 1964; M. S. Strogovič, *Sulla impostazione di alcuni problemi del diritto nelle opere di P. I. Stučka*, N. V. Krylenko, E. B. Pašukanis, trad. it. in *Teorie sovietiche del diritto* cit.; K. Stoyanovitch, *La philosophie du droit en U.R.S.S. (1917-1953)*, Parigi, 1965; *Legge e legalità nell'U.R.S.S.*, in « L'Est », 1965; *Rechtsbegriff und Rechtsnorm*, vol. coll., Jena, 1966 (per il diritto marxista e sovietico attuale); M. Villey, *Panorama des philosophies juridiques modernes occidentales et mar-*

xistes du monde socialiste, in « Archives de philosophie du droit », 1967; U. Cerroni, *Marxismo e diritto* cit.; Id., *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969; Id., *Problemi della legalità socialista nelle recenti discussioni sovietiche*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, II, Milano, 1969; V. Lamsdorff-Galagane, *El concepto de justicia en el marxismo soviético actual*, Santiago de Comp., 1969.

La bibliogr. concernente il Petrażycki è riportata sopra, con quella riguardante il cap. XIV.

XVI. La filosofia giuridica dei nostri giorni.

TESTI. *Diritto e filosofia della pratica* del Battaglia, apparso dapprima negli « Studi Senesi » del 1931, è pubblicato in vol. a Firenze, 1932. Gli scritti del Cammarata sono stati raccolti in unico vol. col titolo *Formalismo e sapere giuridico*, s.l., 1962. Le Opere del Capograssi sono edite a Milano, 1959, 6 voll.

Del Radbruch sono trad. in it. *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Torino, 1959, e *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1961, entrambe a cura di D. Pasini; *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, 1962, a cura di A. Baratta. Del Welzel è trad. da G. De Stefano *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965. *Diritto naturale e storicità* di Arthur Kaufmann è trad. in « Jus », 1959.

Del Maritain, *I diritti dell'uomo e la legge naturale e Cristianesimo e democrazia* sono trad. nel vol. che porta il titolo del primo, Milano, 1950.

Del Perelman è trad. *La giustizia*, Torino, 1959; il *Trattato dell'argomentazione* del Perelman e della Olbrechts-Tyteca è trad., con pref. di N. Bobbio come il precedente, Torino, 1966. *Topica e giurisprudenza* del Viehweg è trad. da G. Crifò, Milano, 1962. La *Filosofia del diritto* del Reale è trad. da L. Bagolini e G. Ricci, Torino, 1956.

STUDI CRITICI. F. Lopez de Oñate, *A proposito di diritto e di filosofia della pratica*, in RIFD, 1936 (per il Battaglia); N. Bobbio, *Persona e società nella filosofia dell'esistenza*, in « Archivio di filosofia », 1941; F. Battaglia, *Il problema morale nell'esistenzialismo*, Bologna, 1949²; K. Engisch, *G. Radbruch als Rechtsphilosoph*, in ARSP, 1949-1950; G. Perticone, *Il diritto e lo Stato* ecc. cit.; F. von Hippel, *G. Radbruch als rechtsphilosophischer Denker*, Heidelberg, 1951; E. Opocher, *Considerazioni sugli ultimi sviluppi della filosofia del diritto italiana*, in RIFD, 1951; E. Paresce, *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, ivi; E. Opocher, *Positivismo logico e scienza giuridica*, in « Riv. trim. di diritto e procedura civile », 1951; P. Piovanì, *L'attuale filosofia del diritto in Italia* cit.; A. Quintano Ripollés, *Filosofía y ciencia del derecho alemanas de la trasguerra*, in « Revista general de legislación y jurisprudencia », 1951, I; G. Marchello, *Su la scienza del diritto come analisi del linguaggio*, in RIFD, 1952; B. Chenot, *L'existentialisme et le droit*, in « Revue française de science politique », 1953; G. Marchello, *F. Battaglia*, Torino, 1953; U. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Milano, 1953; N. Bobbio, *La logica giuridica di E. García Máynez*, in RIFD, 1954; J. Thyssen, *Staat und Recht in der Existenzphilosophie*, in ARSP, 1954-1955; F. Battaglia, *Odiere tendenze della filosofia del diritto*, in « Riv. trim. di diritto e procedura civile », 1955; L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955; W. Dallmayr, *Studie über N. Bobbio*, in ARSP, 1956; V. Giorgianni, *Neopositivismo e scienza del diritto*, Roma, 1956; P. Piovanì, *Itinerario di G. Capograssi*, Milano, 1956; N. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia*, in « Jus », 1957; E. di Robilant, *Richiami all'esistenzialismo nella recente filosofia del diritto tedesca*, in RIFD, 1957; W. Cesarini Sforza, *Solari, Capograssi*, Ravà cit.; A. Pigliaru, *Scienza e filosofia del diritto nel pensiero di G. Capograssi*, in RIFD, 1958; A. Villani, *Heidegger e il « problema » del di-*

ritto, Milano, 1958; Erik Wolf, *Revolution or evolution in G. Radbruch's legal philosophy*, in « Natural Law Forum », 1958; *Philosophy in the mid-century - La philosophie au milieu du vingtième siècle*, a cura di R. Klibansky, III, Firenze, 1958; A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, in RIFD, 1959; Id., *Relativismus und Naturrecht im Denken G. Radbruchs*, in ARSP, 1959; M. A. Cattaneo, *L'ultima fase del pensiero di G. Radbruch: dal relativismo al giusnaturalismo*, in « Rivista di filosofia », 1959; A. Brimo, *L'existentialisme et le fondement du droit*, nel vol. coll. *Mélanges en l'honneur de G. Gilbert*, Parigi, 1961; M. A. Cattaneo, *Chronique de philosophie analytique du langage dans ses applications au droit*, in « Archives de philosophie du droit », 1961; A. G. Conte, *Bibliografia di logica giuridica 1936-1960*, in RIFD, 1961; G. Lumia, *Diritto, società e Stato nella filosofia dell'esistenza*, Milano, 1961; M. Poulantzas, *La renaissance du droit naturel en Allemagne après la seconde guerre mondiale*, in « Mémoires de la Faculté de droit de Paris », 1961; N. Bobbio, *Diritto e logica*, in RIFD, 1962; A. Reber, *Katholische und protestantische Rechtsbegründung heute*, Francoforte, 1962; P. L. Zampetti, *Il problema della giustizia nel protestantesimo tedesco contemporaneo*, Milano, 1962; *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* a cura di W. Maihofer, Darmstadt, 1962; G. Lumia, *Empirismo logico e positivismo giuridico*, Milano, 1963; N. Poulantzas, *Note sur la phénoménologie et l'existentialisme juridique*, in « Archives de philosophie du droit », 1963; G. E. Langemeijer, *Bemerkungen zum Thema: Jaspers, das Recht und die Gerechtigkeit*, in ARSP, 1964; A. Villani, *Diritto e morale nella giurisprudenza tedesca contemporanea*, Napoli, 1964; *Droit et nature des choses*, vol. coll., Parigi, 1965; P. Bonsmann, *Die Rechts- und Staatsphilosophie G. Radbruchs*, Bonn, 1966; A. Agnelli, *L'istituzionalismo italiano dal 1945 ai giorni nostri*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, I, Milano, 1967; J. Brufau Prats, *Moral*,

vida social y derecho en J.-P. Sartre, Salamanca, 1967; H. H. Schrey, *Al di là del diritto naturale e del positivismo: la fondazione del diritto nella teologia evangelica contemporanea di lingua tedesca*, in « Concilium », 1967, 5 (Morale); A. Baratta, *Natura del fatto e giustizia materiale*, Milano, 1968; B. Romano, *Ragione ed esistenza. Stato di diritto e dignità dell'uomo*, in RIFD, 1968 (per il Maihofer); H. D. Schelauske, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Ueberblick über zwei Jahrzehnte: 1945-1965*, Colonia, 1968; *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, vol. coll., Gottinga, 1968; A. Baratta, *Il problema della natura del fatto. Studi e discussioni negli ultimi dieci anni*, in *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, II, Milano, 1969; B. Romano, *Tecnica e giustizia nel pensiero di M. Heidegger*, Milano, 1969; Id., *Sui fondamenti della fenomenologia giuridico-sociale di J. P. Sartre*, in RIFD, 1970; A. Villani, *Appunti in margine al tema « legge etica e giurisprudenza »*, in RIFD, 1970 (per il neogiusnaturalismo tedesco); *Contemporary philosophy - La philosophie contemporaine*, a cura di R. Klibansky, IV, Firenze, 1971.

Il fasc. 1965 delle « Archives de philosophie du droit » è dedicato a *Philosophes d'aujourd'hui en présence du droit*; quello 1966 a *La logique du droit*; e a *La logique juridique* è dedicato il fasc. 1° del tomo XV, 1967, delle « Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse ».

Indici

Indice dei nomi

- Abelardo, P., 218.
Agostino (sant'), 129, 138, 393.
Ahrens, H., 97, 306.
Alighieri, v. Dante.
Altusio, G., 253.
Amari, E., 197, 208.
Ambrosetti, G., 405.
Amos, S., 48.
Antoni, C., 404.
Ardigò, R., 195, 210-212, 215, 278.
Aristotele, 34, 103, 176, 191, 244, 290, 323, 415.
Ascarelli, T., 390, 391.
Ascoli, M., 386.
Asís, A. de, 407.
Aubry, C., 27, 28.
Audisio, G., 146-147, 306, 307.
Austin, J., 37, 38, 40, 41-48, 57, 58, 205, 218, 221, 224, 226, 227, 312, 358, 359.
Ayer, A. J., 414.
- Bagolini, L., 413.
Bähr, O. von, 223.
Bakunin, M., 155, 181.
Baldwin, J. M., 277.
Baroli, P., 120-121.
Bartolomei, A., 281-282.
Battaglia, F., 387, 404.
Bauer, B., 155.
Beccaria, C., 34.
Bekker, O., 414.
Bentham, J., 32-41, 42, 43, 44, 45, 48, 49, 50, 51, 56, 190, 320, 359.
Berdjaev, N., 395.
Bergbohm, K., 223, 227, 228, 229.
Berolzheimer, F., 274.
- Bierling, E. R., 223, 224, 225, 246, 361.
Binder, J., 274-275, 380.
Binding, K., 223.
Bingham, J. W., 328.
Blackstone, W., 32, 33, 35, 40.
Blondel, M., 393.
Bobbio, N., 410-412, 418.
Bodin, G., 16.
Boistel, A., 307.
Bonfante, P., 214.
Bovio, G., 209-210, 215.
Brugi, B., 214, 278.
Brunner, E., 402.
Buber, M., 395.
Bugnet, J.-J., 27.
Bülw, O., 240.
Burke, E., 56.
- Calamandrei, P., 391.
Callicle, 183.
Calogero, G., 389-390.
Cambacérès, J.-J. Régis de, 21.
Cammarata, A. E., 388, 389.
Capograssi, G., 391-394, 412.
Cardozo, B. N., 325-327.
Carle, G., 209, 280.
Carmer, J. H. C., 18.
Carmignani, G., 121.
Carnap, R., 409.
Carnelutti, F., 389, 404.
Cathrein, V., 307-308, 402.
Cattaneo, C., 128-129, 143, 189.
Cesarini Sforza, W., 386-387.
Charmont, J., 258.
Cicala, F. B., 280-281.
Cicerone, 290, 329, 415.
Cocceio, S., 17, 18.
Cohen, F. S., 328.
Cohen, H., 269.

- Cohn, G., 396.
 Coing, H., 401.
 Coke, E., 13, 40, 323.
 Colonna, A., 389.
 Comte, A., 51, 191, 192-194, 199, 254.
 Comte, C., 191.
 Cossío, C., 421.
 Cotta, S., 413.
 Croce, B., 276, 278, 292, 293-300, 302, 322, 346, 349, 385, 386, 387, 404.
 Cumberland, R., 34.
 Cuoco, V., 56, 119-120.

 Dabin, J., 407.
 D'Aguzzo, G., 215.
 D'Annunzio, G., 184.
 Dante, 290, 331.
 Darwin, C., 202.
 De Bonald, L., 57.
 Delos, J.-T., 351.
 Del Vecchio, G., 282-289, 291, 403, 405.
 Delvincourt, C. E., 27.
 De Maistre, J., 57.
 Demolombe, J. C. F., 27.
 De Sanctis, F., 293.
 Dewey, J., 313-315, 320.
 Di Carlo, E., 403.
 Dilthey, W., 263-265, 266.
 Domat, J., 16, 20, 220.
 Donati, B., 280.
 Dostoevskij, F., 178, 187, 332, 366.
 Duguit, L., 254-256.
 Dumont, E., 33.
 Duranton, A., 27.
 Durkheim, E., 199, 254.

 Ehrlich, E., 195, 240, 241, 244-246, 326.
 Eichhorn, K. F., 68.
 Elías de Tejada, F., 407.
 Ellul, J., 406.
 Engels, F., 150, 153, 154, 155, 156, 157, 161, 162, 163, 364, 369.

 Engisch, K., 417.
 Epicuro, 51.

 Falchi, A., 278.
 Fechner, E., 396.
 Federico II, 13, 17, 18.
 Federico Guglielmo I, 17.
 Ferri, E., 215.
 Feuerbach, L. A., 151-152, 155, 157.
 Feuerbach, P. J. A., 78-80, 218, 221.
 Fichte, J. G., 12, 77, 81, 83-92, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 113, 149, 289, 291, 380.
 Filomusi Guelfi, F., 276.
 Fouillée, A., 197-198.
 Fragapane, S., 214-215.
 Frank, J., 328, 329-330, 331, 332.
 Fuchs, E., 243.
 Funk, J., 402.

 Galán y Gutiérrez, E., 407.
 Galluppi, P., 120.
 García Máynez, E., 414, 419, 420.
 Gentile, G., 276, 292, 300-302, 375, 385, 386, 387.
 Gény, F., 247-250, 251, 252, 326, 398.
 Gerber, C., 222, 223, 334.
 Gierke, O. von, 223, 252-254, 256.
 Gneist, R., 223.
 Godwin, W., 181.
 Golunskij, S. A., 374.
 Gorla, G., 390.
 Grandi, D., 376.
 Gray, J. C., 48, 313.
 Greef, G. de, 197.
 Gregorio XVI, 186.
 Grimm, J. e W., 68.
 Groppali, A., 214.
 Gros, K. H., 76.
 Grozio, U., 92, 98.
 Gumpłowicz, L., 198.
 Gurvitch, G., 349-350, 366, 393.

 Hägerström, A., 352-353, 355.
 Haller, C. L. von, 57.
 Hamilton, A., 311.
 Hare, R. M., 414.

- Hart, H. L. A., 48, 358-362, 409.
 Hartmann, N., 303, 419.
 Hauriou, M., 256-257, 346, 347, 348, 387.
 Heck, P., 222, 237-239.
 Hegel, G., 12, 55, 67, 96, 99-118, 131, 136, 151, 152, 153, 156, 157, 158, 160, 164, 165, 172, 175, 178, 193, 209, 273, 293, 300, 380, 381.
 Heidegger, M., 394.
 Heise, G. A., 77, 221.
 Helyétius, C. A., 34.
 Herbart, J. F., 98.
 Hertling, G. von, 307.
 Hobbes, T., 13, 35, 40, 44, 229, 381.
 Hoffbauer, J. C., 76.
 Hohfeld, W. N., 48.
 Höhn, R., 379.
 Hölderlin, F., 82.
 Holland, T. E. P., 48.
 Holmes, O. W., 315-318, 321, 325, 327, 328, 330.
 Hufeland, G., 76.
 Hugo, G., 57-59, 62, 218.
 Humboldt, W. von, 80-82, 223.
 Hume, D., 34.
 Husserl, E., 303.
 Husserl, G., 304-305.
 James, W., 315, 320.
 Jaspers, K., 394, 395.
 Jellinek, G., 223, 334.
 Jemolo, A. C., 391.
 Jhering, R. von, 222, 223, 229, 232-237, 244, 290, 306, 320.
 Kalinowski, J., 414.
 Kant, I., 11, 12, 75, 77, 80, 81, 83, 86, 92, 95, 99, 102, 113, 119, 120, 122, 131, 132, 133, 174, 175, 203, 204, 223, 263, 269, 271, 273, 286, 289, 291, 335, 393.
 Kantorowicz, H., 241, 243, 244, 247, 328, 331.
 Kaufmann, Arm., 401.
 Kaufmann, Art., 402, 403.
 Kaufmann, E., 274.
 Kaufmann, F., 305.
 Kelsen, H., 48, 322, 334-345, 355, 356, 359, 360, 402, 409, 414, 418.
 Kierkegaard, S., 175-178, 181, 185, 187, 188, 332, 394.
 Kirchmann, J. H. von, 199-201, 206, 207, 219, 230, 231, 263.
 Kocourek, A., 48.
 Kohler, J., 273-274, 320.
 Kraft, J., 265.
 Krause, K. C. F., 96-97, 306, 407.
 Kropotkin, P., 181.
 Laband, P., 223, 253, 334.
 Labriola, A., 293.
 Lamennais, F. de, 186.
 Lampredi, G. M., 121.
 Langdell, C. C., 312.
 Larenz, K., 380.
 Lask, E., 267, 390, 399.
 Lassalle, F., 165-167.
 Lasson, A., 273.
 Laurent, F., 27.
 Leclercq, J., 406.
 Legaz y Lacambra, L., 407.
 Leibniz, G. W., 16, 55, 220, 413, 418.
 Lener, S., 405.
 Lenin, V. I., 364-365, 367, 369, 377.
 Levi, Al., 278-280, 296.
 Liberatore, M., 145-146, 147, 306, 307.
 Lightwood, J. M., 48.
 Llewellyn, K. N., 328, 330.
 Lombroso, C., 215.
 Lottin, O., 406.
 Luigi XIV, 20.
 Luigi XV, 20.
 Lundstedt, V., 353-354.
 Luño Peña, E., 407.
 Machiavelli, N., 381.
 Maggiore, G., 386.
 Magnaud, P., 247.
 Maihofer, W., 395-396, 400.
 Maine, H. S., 196-197, 203, 217.
 Mamiani, T., 141-142.
 Mancini, P. S., 141-143.

- Marcadé, V.N., 27.
 Marcel, G., 395.
 Marchesini, G., 215.
 Marcic, R., 396.
 Maritain, J., 406.
 Markby, W., 48.
 Marshall, J., 318.
 Marx, K., 140, 150, 151, 152-164,
 165, 168, 178, 193, 198, 293,
 298, 364, 365, 367, 369, 377.
 Mayer, O., 223.
 Mazzini, G., 139-141, 143.
 Menger, A., 167-168.
 Merkel, A., 223, 226, 227, 276.
 Messner, J., 402.
 Michelet, J., 198.
 Mill, J., 32, 41, 48.
 Mill, J.S., 32, 41, 48-51, 190.
 Miraglia, L., 209.
 Miró Quesada, F., 414, 421.
 Mohl, R. von, 223.
 Montesquieu, C. Secondat de, 55,
 123, 192, 244.
 Möser, J., 56.
 Muratori, L. A., 280, 416.
 Mussolini, B., 375.

 Napoleone, 21, 22.
 Natorp, P., 269.
 Nettelbladt, D., 60, 218, 220, 222.
 Neurath, O., 409.
 Niebuhr, B.G., 68.
 Niese, W., 401.
 Nietzsche, F., 182-185, 187, 381.

 Olbrechts-Tyteca, L., 416.
 Olgiate, F., 403.
 Oliphant, H., 328.
 Olivecrona, K., 354-355, 357.
 Opocher, E., 412.
 Orestano, F., 281.
 Orlando, V.E., 348.
 Ortega y Gasset, J., 419.

 Pagano, M., 89, 120.
 Paolo (san), 188, 332.
 Pascal, B., 186.
 Pašukanis, E.B., 366, 368, 369-
 370, 371, 372, 373, 374.
 Peirce, C., 315.

 Pekelis, A., 386.
 Perelman, C., 416.
 Pescatore, M., 29.
 Petrażycki, L., 366.
 Petrone, I., 276-278, 281, 283.
 Phalén, A., 352.
 Piovani, P., 413.
 Platone, 92, 129, 183.
 Portalis, J.É.M., 21, 22, 23, 24.
 Post, A.H., 197, 217.
 Pothier, R.J., 20, 21.
 Pound, R., 274, 318, 319-324, 325,
 327, 328, 330, 420.
 Priestley, J., 34.
 Proudhon, J.B.V., 27.
 Proudhon, P.J., 150-151, 181.
 Puchta, G.F., 67, 68, 69, 71, 72,
 221.
 Pufendorf, S. von, 306.
 Pütter, S., 60, 220, 222.

 Radbruch, G., 243, 267, 268, 322,
 396-399.
 Rau, F.C., 27, 28.
 Ravà, A., 289-291.
 Reale, M., 419.
 Recaséns Siches, L., 419.
 Rehberg, A.W., 61, 77, 85.
 Reinach, A., 303-304.
 Reinhold, K.L., 83, 99.
 Rejsner, M.A., 366-367, 368, 369,
 371, 372.
 Renard, G., 351.
 Renner, K., 168-169.
 Rickert, E., 266, 267, 390.
 Ripert, G., 251-252.
 Rocco, Alf., 376-377.
 Rocco, Art., 376, 377-378.
 Röder, D.A., 97, 306.
 Roguin, É., 48, 334.
 Romagnosi, G.D., 121-128, 129,
 189, 190, 191, 244.
 Romano, S., 279, 345-349, 382,
 387.
 Rommen, H., 402.
 Roosevelt, F.D., 327.
 Rosmini, A., 129-139, 143, 144,
 145, 218, 306, 307, 393, 404.
 Ross, A., 351, 355-358, 409.
 Rossi, P., 142.

- Rothacker, E., 265.
 Rothe, T., 307.
 Rousseau, J.-J., 84, 85.
 Ruiz-Giménez, J., 407.
 Rümelin, M. von, 237.
 Rumpf, M., 243.
 Russo, V., 120.

 Saint-Simon, C. H. de Rouvroy de, 190-191, 192.
 Saleilles, R., 250-251.
 Salmond, J. W., 48.
 Sartre, J.-P., 395.
 Sauer, W., 418, 419.
 Savigny, F. C. von, 44, 59, 62-66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 114, 221, 244, 319.
 Scarpelli, U., 412.
 Scevola, Q. Mucio, 220.
 Scheler, M., 303, 419.
 Schelling, F., 12, 55, 67, 81, 92-96, 97, 99, 101.
 Schiattarella, R., 210.
 Schiffini, S., 307.
 Schlick, M., 409.
 Schmitt, C., 380-382.
 Schmitt, M. E., 402.
 Schopenhauer, A., 171-175.
 Schreier, F., 305.
 Seneca, 175.
 Socrate, 361.
 Solari, G., 280, 411.
 Somló, F., 48.
 Spencer, H., 202-206, 212, 215.
 Spinoza, B., 289.
 Stadtmüller, G., 402.
 Stahl, F. J., 57, 97-98.
 Stalin, I. V., 373.
 Stammeler, R., 268-273, 283, 334, 414.
 Stein, L. von, 223.
 Sternberg, T., 243.
 Stirner, M., 155, 179-181, 182, 185.
 Stone, J., 420.
 Stratenwert, G., 401.
 Strogovič, M. S., 374.
 Stučka, P. I., 366, 367-368, 369, 371, 372, 373.

 Taparelli, L., 143-145, 306, 307.
 Thibaut, A. F. J., 59-62, 65, 70, 71, 77, 137, 221.
 Thon, A., 223, 224, 246, 279.
 Tilgher, A., 386.
 Tolomei, G. P., 121.
 Tolstoj, L., 187.
 Tomasio, C., 85, 132, 133.
 Tommaso (san), 144, 146, 147, 307, 308, 398, 402, 406.
 Toullier, C. B. M., 27.
 Toulmin, S. E., 417.
 Trendelenburg, A., 306.
 Treves, R., 413.
 Troplong, R. T., 27.
 Truyol y Serra, A., 407.

 Ulpiano, 134.
 Utz, A., 402.

 Vanni, I., 213-214, 275, 276, 277, 278, 283.
 Vareilles-Sommières, G. La Broûe de, 28.
 Verdross, A., 402, 418.
 Vico, G. B., 55, 64, 65, 119, 208, 209, 244, 280, 282, 293, 393, 415, 417.
 Viehweg, T., 417.
 Villey, M., 406.
 Volpicelli, A., 386.
 Vyšinskij, A. Ja., 368, 371-373, 374.

 Weber, M., 322, 399.
 Welzel, H., 400-401.
 Wilson, W., 377.
 Windelband, W., 266, 267, 269, 289.
 Windscheid, B., 73, 222, 224.
 Wolf, E., 402.
 Wolff, C., 47.
 Wright, G. H. von, 414.
 Wundt, W., 202, 206-207, 263, 266, 280.

 Zachariae, C. S., 78, 221.
 Zeiller, F. L. von, 76.
 Zigliara, T. M., 307.
 Zitelmann, E., 223, 224, 335.

Indice del volume

<i>Avvertenza</i>	pag.	7
<i>I. Le teorie della codificazione</i>	»	11
1. Filosofia e diritto all'inizio del secolo XIX	»	11
2. Il problema della legislazione alla fine del Settecento	»	12
3. L'esigenza della razionalizzazione del diritto	»	14
4. La codificazione prussiana	»	16
5. La codificazione francese	»	20
6. Il principio della completezza dell'ordinamento giuridico positivo	»	22
7. La Scuola dell'esegesi	»	26
8. La codificazione e il positivismo giuridico	»	29
<i>II. Gli utilitaristi inglesi</i>	»	31
1. Il diritto inglese e l'illuminismo	»	31
2. Bentham. Le opere e i principi filosofici	»	32
3. La teoria benthamiana della codificazione	»	35
4. Scienza e politica del diritto nell'opera del Bentham	»	37
5. Austin: la determinazione del campo della scienza del diritto	»	41
6. Austin: il diritto come comando dell'autorità sovrana	»	43
7. L'« analytical jurisprudence » e il positivismo giuridico	»	45
8. Giovanni Stuart Mill	»	48
<i>III. Lo storicismo giuridico</i>	»	53
1. Romanticismo e storicismo	»	53
2. Lo storicismo giuridico e politico tra Settecento e Ottocento	»	55

3. Hugo	pag. 57
4. La polemica Thibaut-Savigny	» 59
5. Savigny	» 62
6. La Scuola storica del diritto	» 67
7. La pandettistica	» 69
 IV. <i>La filosofia giuridica postkantiana</i>	» 75
1. I giuristi kantiani	» 75
2. Humboldt	» 80
3. Reinhold	» 83
4. Il primo Fichte: diritti innati e contratto sociale	» 83
5. Il diritto naturale nella « prima dottrina della scienza » fichtiana	» 86
6. Diritto e Stato nella « seconda dottrina della scienza »	» 89
7. Schelling	» 92
8. Krause	» 96
9. Stahl	» 97
10. Herbart	» 98
 V. <i>Hegel</i>	» 99
1. Vita e opere	» 99
2. Il sistema filosofico	» 101
3. Lo spirito oggettivo	» 105
4. Il diritto come primo momento dello spirito oggettivo	» 106
5. Il terzo momento dello spirito oggettivo: l'eticità	» 108
6. Carattere e significato della filosofia giuridica dello Hegel	» 111
7. Le contraddizioni della filosofia del diritto hegeliana	» 115
 VI. <i>La filosofia giuridica italiana dell'età del Risorgimento</i>	» 119
1. Il pensiero italiano all'inizio del secolo XIX	» 119
2. Romagnosi. Determinismo e finalismo	» 121
3. Il diritto naturale secondo il Romagnosi	» 124

4. La concezione romagnosiana della pena .	pag. 127
5. Cattaneo	» 128
6. Rosmini. Le opere	» 129
7. Diritto e persona nel pensiero rosminiano .	» 130
8. La derivazione dei diritti	» 133
9. La giustizia nel pensiero del Rosmini .	» 137
10. Mazzini	» 139
11. Mamiani e Mancini	» 141
12. Cattolici conservatori: Taparelli, Libera- tore, Audisio	» 143
 VII. <i>Le dottrine socialiste</i>	» 149
1. Dal giusnaturalismo al socialismo . .	» 149
2. La sinistra hegeliana. Dal Feuerbach al Marx	» 151
3. Marx. Vita e opere	» 154
4. Il materialismo storico	» 156
5. Il diritto come sovrastruttura	» 160
6. L'ideale della società giusta	» 162
7. Teorie giuridiche socialiste. Lassalle, Men- ger, Renner	» 164
 VIII. <i>Gli irrazionalisti</i>	» 171
1. Irrazionalismo e diritto	» 171
2. Schopenhauer	» 171
3. Kierkegaard	» 175
4. Stirner	» 179
5. Nietzsche	» 182
6. Lamennais, Tolstoj, Dostoevskij . . .	» 185
 IX. <i>Il positivismo</i>	» 189
1. La « filosofia positiva »	» 189
2. Saint-Simon e Carlo Comte	» 190
3. Augusto Comte e la sociologia	» 192
4. I riflessi del positivismo filosofico nel campo giuridico	» 194
5. Kirchmann e il problema della scienza giu- ridica	» 199

6. Spencer	pag. 202
7. Wundt	» 206
8. Il positivismo italiano	» 208
 X. <i>Il positivismo giuridico formalistico</i>	» 217
1. Positivismo filosofico e positivismo giuridico	» 217
2. Il formalismo giuridico	» 219
3. La dogmatica e la giurisprudenza dei concetti	» 222
4. La « teoria generale del diritto »	» 225
5. La filosofia del positivismo giuridico	» 228
 XI. <i>Teorie giuridiche antiformalistiche</i>	» 231
1. Il formalismo giuridico e la società del tardo Ottocento	» 231
2. Dal primo al secondo Jhering	» 232
3. La « giurisprudenza degli interessi »	» 237
4. Il « movimento del diritto libero »	» 240
5. La sociologia giuridica: Ehrlich	» 244
6. Géný	» 246
7. Saleilles e Ripert	» 250
8. Gierke	» 252
9. Duguit	» 254
10. Hauriou	» 256
11. Le dottrine antiformalistiche e la filosofia	» 257
 XII. <i>Il diritto nella filosofia del primo Novecento</i>	» 261
1. La reazione al positivismo	» 261
2. Nuove prospettive del problema della scienza giuridica: Dilthey	» 263
3. Il problema della scienza giuridica nella « filosofia dei valori »	» 266
4. Stammler	» 268
5. La filosofia del diritto neohegeliana tedesca	» 273
6. La crisi del positivismo nella filosofia giuridica italiana	» 275

7. Del Vecchio	pag. 282
8. Ravà	» 289
9. L'idealismo italiano neohegeliano	» 292
10. Croce	» 293
11. Gentile	» 300
12. La fenomenologia	» 303
13. Il giusnaturalismo tradizionale	» 305

XIII. *Le dottrine nordamericane* » 311

1. Il pensiero giuridico americano nel secolo XIX	» 311
2. Gli aspetti filosofici dell'antiformalismo americano: Dewey	» 313
3. Holmes	» 315
4. Pound: iniziale relativismo	» 319
5. Pound: dal relativismo all'oggettivismo	» 321
6. Cardozo	» 325
7. Il realismo giuridico americano	» 327

XIV. *Aspetti filosofici della scienza giuridica del Novecento* » 333

1. Kelsen: la struttura logica della norma giuridica	» 333
2. La gerarchia delle norme, la norma fondamentale e il principio di effettività nella teoria del Kelsen	» 338
3. I più recenti sviluppi del pensiero kelseniano	» 342
4. Scienza e filosofia nell'opera del Kelsen	» 344
5. L'istituzionalismo. S. Romano	» 345
6. Altre dottrine istituzionalistiche	» 349
7. Il realismo scandinavo: Hägerström, Lundstedt, Olivecrona	» 351
8. Ross	» 355
9. Tra austinismo, kelsenismo e realismo: Hart	» 358

XV. <i>Le teorie giuridiche dei regimi totalitari</i> . . .	pag. 363
1. Il comune presupposto antindividualistico	» 363
2. Le teorie sovietiche dalla rivoluzione al 1936. Rejsner	» 364
3. Stučka e Pašukanis	» 367
4. L'età staliniana e post-staliniana	» 370
5. Il fascismo italiano e il diritto	» 375
6. Il nazionalsocialismo tedesco	» 379
 XVI. <i>La filosofia giuridica dei nostri giorni</i> . . .	» 385
1. Dominio e decadenza dell'idealismo	» 385
2. L'idealismo e il problema della scienza giuridica	» 388
3. La dottrina dell'esperienza giuridica	» 391
4. L'esistenzialismo	» 394
5. Il neogiusnaturalismo in Germania. Rad- bruch	» 396
6. Altri esponenti del neogiusnaturalismo nei paesi di lingua tedesca	» 400
7. Il nuovo giusnaturalismo in Italia	» 403
8. Le dottrine giusnaturalistiche in altri paesi	» 406
9. Il nuovo positivismo giuridico e la filoso- fia analitica in Italia	» 407
10. Gli studi di logica del diritto	» 413
11. Scrittori di indirizzi e interessi diversi	» 418
 <i>Notizie bibliografiche</i>	» 425
 <i>Indice dei nomi</i>	» 461

*Finito di stampare nel mese di novembre 1970
presso le Officine Grafiche STA di Vicenza
per conto della Società editrice il Mulino
Bologna*

Collezione di testi e di studi

FILOSOFIA E METODOLOGIA

Felice Battaglia, *Il valore nella storia*

1969, pp. XVI-192, L. 2.500

Hans Blumenberg, *Paradigmi per una metaforologia*

1969, pp. XIV-200, L. 3.000

Irving M. Copi, *Introduzione alla logica*

Seconda edizione, 1969, pp. XL-592, L. 5.000

Jürgen Habermas, *Logica delle scienze sociali*

1970, pp. XXVIII-294, L. 4.000

Herbert Marcuse, *Ragione e rivoluzione*

Sesta edizione, 1969, pp. XXVIII-484, L. 5.000

Henri-Irénée Marrou, *La conoscenza storica*

Terza edizione, 1969, pp. XXXII-316, L. 3.000

Enzo Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*

1968, pp. 1098, L. 10.000

Arthur Pap, *Introduzione alla filosofia della scienza*

1967, pp. XIX-672, L. 6.000

Hans Reichenbach, *La nascita della filosofia scientifica*

Seconda edizione, 1966, pp. 336, L. 2.500

Paul Ricœur, *Finitudine e colpa*

1970, pp. 640, L. 7.500

STORIOGRAFIA

Herbert Butterfield, *Le origini della scienza moderna*

1962, pp. XII-292, L. 3.000

Carlo Calcaterra, *Il Parnaso in rivolta*

1961, pp. XL-334, L. 2.500

Jean-Jacques Chevallier, *Le grandi opere del pensiero politico*

Seconda edizione, 1970, pp. 542, L. 6.000

Augusto Del Noce, *Riforma cattolica e filosofia moderna*

Vol. I: *Cartesio*

1965, pp. XII-708, L. 6.000

Guido Fassò, *Storia della filosofia del diritto*

Vol. I: *Antichità e Medioevo*

Seconda edizione, 1970, pp. 368, L. 4.000

Vol. II: *L'età moderna*

1968, pp. 466, L. 4.500

Vol. III: *Ottocento e Novecento*

1970, pp. 474, L. 5.000

Wallace K. Ferguson, *Il Rinascimento nella critica storica*

1969, pp. XXVIII-574, L. 6.800

Hiram Haydn, *Il Controrinascimento*

1967, pp. XVI-1028, L. 10.000

George Lichtheim, *Le origini del socialismo*

1970, pp. 376, L. 5.000

Gerhard Ritter, *Il volto demoniaco del potere*

Seconda edizione, 1968, pp. XII-240, L. 2.500

Jacob L. Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria*

1967, pp. 454, L. 5.000

René Wellek, *Storia della critica moderna*

Vol. I: *Dall'Illuminismo al Romanticismo*

1959, pp. VIII-400, L. 3.500

Vol. II: *L'età romantica*

1961, pp. 528, L. 4.000

Vol. III: *L'età di transizione*

1969, pp. 480, L. 5.000

Vol. IV: *Dal Realismo al Simbolismo*

1969, pp. 768, L. 8.000

LINGUISTICA E CRITICA LETTERARIA

Dámaso Alonso, *Saggio di metodi e limiti stilistici*

1965, pp. XX-394, L. 3.000

Francis P. Dinneen, *Introduzione alla linguistica generale*

1970, pp. 600, L. 6.000

Heinrich Lausberg, *Elementi di retorica*

1969, pp. XXX-310, L. 5.000

André Martinet, *La considerazione funzionale del linguaggio*
Seconda edizione, 1965, pp. 232, L. 2.000

Žarko Muljačić, *Fonologia generale e fonologia della lingua italiana*
1969, pp. VIII-596, L. 8.000

Walter J. Ong, *La presenza della parola*
1970, pp. XVIII-410, L. 5.000

Bruno Snell, *La struttura del linguaggio*
Seconda edizione, 1970, pp. XIV-242, L. 3.000

Leo Spitzer, *L'armonia del mondo. Storia semantica di un'idea*
1967, pp. XVI-312, L. 3.500

Stephen Ullmann, *La semantica. Introduzione alla scienza del significato*
Terza edizione, 1970, pp. XLIV-440, L. 5.000

René Wellek e Austin Warren, *Teoria della letteratura*
Terza edizione, 1969, pp. VIII-444, L. 3.000

SCIENZE SOCIALI

Gabriel A. Almond - G. Bingham Powell, jr., *Politica comparata*
1970, pp. 432, L. 6.000

Antologia di scienze sociali, a cura di Angelo Pagani

Vol. I: *Teoria e ricerca nelle scienze sociali*
1960, pp. XII-536, L. 4.000

Vol. II: *Campi di applicazione della sociologia*
1963, pp. XII-700, L. 6.000

Ralph L. Beals - Harry Hoiyer, *Introduzione all'antropologia culturale*
1970, pp. 728, L. 6.000

Ralph L. Beals - Harry Hoiyer, *Introduzione all'antropologia fisica*
1970, pp. 400, L. 5.000

Peter L. Berger - Thomas Luckmann, *La realtà come costruzione sociale*
1969, pp. 292, L. 4.000

Hubert M. Blalock, jr., *Statistica per la ricerca sociale*
Seconda edizione, 1970, pp. 736, L. 6.000

Raymond Boudon - Paul F. Lazarsfeld, *L'analisi empirica nelle scienze sociali*

Vol. I: *Dai concetti agli indici empirici*
1969, pp. 396, L. 4.000

Vol. II: *L'analisi empirica della causalità*
1969, pp. 416, L. 5.000

Luciano Cavalli, *Il mutamento sociale*.
1970, pp. 628, L. 7.500

William J. Goode e Paul K. Hatt, *Metodologia della ricerca sociale*
Quinta edizione, 1970, pp. XX-572, L. 4.000

Georges Gurvitch, *La vocazione attuale della sociologia*
1965, pp. XXXVI-628, L. 6.000

Paul F. Lazarsfeld, *Metodologia e ricerca sociologica*
1967, pp. CXCVI-984, L. 12.000

Robert M. MacIver, *Governo e società*
Terza edizione, 1968, pp. XXIV-492, L. 4.000

John Madge, *Lo sviluppo dei metodi di ricerca empirica in sociologia*
Seconda edizione, 1969, pp. XXVI-792, L. 6.000

Karl Mannheim, *Ideologia e utopia*
Quarta edizione, 1970, pp. XLII-354, L. 4.000

Don Martindale, *Tipologia e storia della teoria sociologica*
1968, pp. XXVI-882, L. 10.000

Robert K. Merton, *Teoria e struttura sociale*
Nuova edizione, 1966, pp. LXVIII-1024, L. 8.000

Roberto Michels, *La sociologia del partito politico*
1966, pp. CXIX-560, L. 6.000

Talcott Parsons, *La struttura dell'azione sociale*
Terza edizione, 1970, pp. XL-976, L. 10.000

Giovanni Sartori, *Antologia di scienza politica*
1970, pp. 496, L. 5.000

Herbert A. Simon, *Il comportamento amministrativo*
Seconda edizione, 1967, pp. XXIV-372, L. 4.000

Boston Public Library

Copley Square

General Library

K
• F32
V3

1750323572

The Date Due Card in the pocket indicates the date on or before which this book should be returned to the Library.

Please do not remove cards from this pocket.

BOSTON PUBLIC LIBRARY



3 9999 01326 219 9

